Inwieweit kann der Erblasser den Nachlaß über den Erbfall hinaus rechtlich binden?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

EBERHARD THURNER

in Stuttgart

1938

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Obmann: Professor Dr. Eisser

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Feine

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Schönfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juni 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis 7

I. Teil 11

§ 1 Einleitung 11

§ 2 Geschichtliche Entwicklung 11

II. Teil: Das geltende Recht 18

§ 3 Allgemeines 18

§ 4 Nacherbfolge 22

§ 5 Nachvermächtnis 33

§ 6 Auflage 37

§ 7 Teilungsverbot 43

§ 8 Testamentsvollstreckung 45

§ 9 Besondere Arten der verwaltenden Testamentsvollstreckung . 54

§ 10 Familiengüter, Familienstiftungen, und Familiengesellschaften . 60

§ 11 Zusammenfassende Betrachtung 70

III. Teil: 77

§ 12 Gedanken zur kommenden Gestaltung 77

Literaturverzeichnis

Arnold, Der Testamentsvollstrecker. München 1902.

Aeußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines BGB, Zusammenstellung der. Berlin 1891.

Becker, Die Surrogation. Marburg 1905.

Berlowitz, Die erbrechtliche Auflage nach dem BGB. Jena 1909.

Berthold, Die erbrechtliche Auflage. Leipzig 1909.

Beyerle, Fr., Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts. Weimar 1932.

Binder, Rechtsstellung des Erben nach BGB, III. Teil. Leipzig 1905.

— —, Vermögensrecht und Gegenstand in Archiv für bürgerl. Recht, Band 34, S. 233 ff. Berlin 1910.

Böhmer, Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, Arch.ziv.Prax., Band 144, Neue Folge, Band 24, S. 32 ff. Tübingen 1937.

Brütt, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1913.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1897.

— —, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5. Halle 1905.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1903.

— —, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Entwurf I zum BGB für das deutsche Reich. Erste Lesung, amtliche Ausgabe. Berlin 1888 (E. I.).

Entwurf eines BGB für das deutsche Reich. Zweite Lesung. Nach den Beschlüssen der Redaktionskommission. Berlin 1894.

Entwurf eines BGB in der Fassung der Bundesratsvorlagen. Berlin 1898.

Entwurf eines BGB. In der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage. Berlin 1896.

Erdmann, Das Miterbenverhältnis im BGB. Erlangen 1899.

Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, zweite Auflage. Berlin und Leipzig 1925.

Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50jährigen Doktorjubiläum, gewidmet von Angehörigen der Breslauer juristischen Fakultät, III. Teil, Recht der Gegenwart, insbesondere S. 333 ff. Breslau 1905.

Flad, Vorerbe und Nacherbe in Zeitschrift Akademie für deutsches Recht, 1936 (3. Jahrg.), S. 419.

Flad, Vindikationsvermächtnis, Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1936 (3. Jahrg.), S. 738.

Frank, Geleitwort zu Mößmer, Neugestaltung des deutschen Eherechts; Schriften der Akademie für deutsches Recht, Berlin, Erscheinungsjahr nicht angegeben.

Frommhold, Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Frommhold, Die Familienstiftung, Arch.ziv.Prax., 117. Band. Tübingen 1919.

Gutachten zum Entwurf — Zusammenstellung der gutachtl. Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB, gefertigt im Reichsjustizamt, Band V, Berlin 1890, und Band VI, Nachträge. Berlin 1891.

Hachenburg, Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben, Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1906 (6. Jahrg.), S. 322.

Heck, Philipp, Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Hedemann, Der Gesamtbau des bürgerl. Rechts, Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1935 (2. Jahrg.), S. 431.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Auflage. Leipzig 1930.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Auflage. Berlin 1931 und 1933/34.

Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 2. Auflage (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft). Berlin 1935.

v. Kapff, Die letztwillige Auflage des BGB. Breslau 1915.

Kipp, Festschrift: Wer kann nach deutschem bürgerl. Recht mit Vermächtnissen belastet werden. Erlangen 1901.

— —, Der Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen bürgerl. Gesetzbuchs; Rede beim Antritt des Prorektorats. Erlangen 1899.

— —, Lehrbuch des bürgerl. Rechts: Das Erbrecht. Marburg 1930.

Knöpfel, Die zeitlichen Schranken der Verfügungsmacht des Testators im BGB. Darmstadt 1930.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.

Kretzschmar, Das Erbrecht des deutschen bürgerl. Gesetzbuchs. Leipzig 1913.

— —, Auseinandersetzung, Sächs. Archiv für Rechtspflege. Leipzig 1908.

— —, Das Nachvermächtnis im BGB, Sächs. Archiv für Rechtspflege. Leipzig 1912 (7. Jahrg.).

Küttner, Die Beschränkung und Entziehung der Verfügungsmacht im BGB. Görlitz 1936.

Kummer, Verfügungen des Testamentsvollstreckers und des Erben bei Testamentsvollstreckung. Köln 1935.

Lange, Grundfragen der Erneuerung des Erbrechts, Zeitschrift Akademie für deutsches Recht 1935 (2. Jahrg.), S. 357.

— —, Pflichtteilanspruch oder Noterbrecht in Zeitschrift Deutsches Recht 1936 (6. Jahrg.), S. 398.

— —, Das Recht des Testaments, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht (Arbeitsberichte der Akad. f. Deutsch. Recht Nr. 4). Tübingen 1937.

— —, Rasse und Erbe in Deutscher Juristentag 1936. Berlin 1936.

Lewis, Das Recht des Familienfideikommiß. Berlin 1868.

Mayer, Auseinandersetzungsverbot, in der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg, Jahrgang 1908, Nr. 10/11.

Meischeider, Die letztwillige Verfügung nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Leipzig 1900.

Mertens, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot des § 137. Köln 1933.

Meyer, Die rechtlichen Mittel des Testators nach BGB zur Beschränkung der Verfügungsmacht des Bedachten über die Nachlaßsachen. Straßburg 1915.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht. Braunschweig 1876.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V. Berlin 1888.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, 2. Auflage. Berlin 1907.
Pernice, Labeo, Band 3. Halle 1892.
Planck, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. Berlin 1902.
Planitz, Germanische Rechtsgeschichte (Neue Rechtsbücher für das Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften). Berlin 1936/37.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht. Berlin 1899.
Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des bürgerlichen Rechts. Berlin 1908.
— —, Die Testierbefugnis des Vorerben, Arch.ziv.Prax., Band 140 (Neue Folge, Band 20). Tübingen 1935.
Reichsgerichtsräte, Kommentar der, das bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Auflage, V. Band, Erbrecht. Berlin 1935.
Richter, Die privatrechtliche Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers über Nachlaßrechte nach dem Recht des deutschen Mittelalters, nach gemeinem Recht und dem Recht des BGB. Berlin 1911.
Rost, Zur Frage der Sicherung des Rechts des Nachvermächtnisnehmers im Grundbuch, in Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg (Württ. Z.), 51. Jahrgang. Stuttgart 1909.
Sächsisches BGB, Kommentar von E. Siebenhaar. Leipzig 1864.
Salinger, Die Nacherbfolge nach dem BGB; Archiv für bürgerliches Recht, Band 19. Berlin 1901.
Schmidt-Polex, Die Veräußerungsverbote. Marburg 1913.
Schönfelder, Deutsche Reichsgesetze. München und Berlin 1937.
Schultze, Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts, Studien zur Entstehungsgeschichte des Freiteilrechts. Leipzig Abh. XXXIII, Nr. 4. 1928.
v. Schwerin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. München und Leipzig 1934.
Seckt, Beitrag für die Lehre von der Testamentsvollstreckung. Leipzig 1900.
Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II. Röm. Privatrecht. Berlin 1928.
v. Spreckelsen, Der Begriff des privatrechtlichen Amts unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung. Breslau 1927.
Staudinger, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Band V, Erbrecht, 7. und 8. Auflage, sowie 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1928.
Staudinger-Böhmer, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Band V, Erbrecht, Lieferung 1, 10. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1937.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, 15. Auflage. Tübingen 1934.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Band V. Berlin 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB. Berlin 1903.
— —, in Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Band 30. Jena 1891.
Strunck, Der Gedanke der Erbrechtsform seit dem 18. Jahrhundert. Dresden 1935.

Thiesing, Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben in Arch.ziv.Prax., Band 94. Tübingen und Leipzig 1903.
Vogels, Reichserbhofgesetz, erläutert von Dr. Werner Vogels. Berlin 1934.
Wäntig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge in Zeitschrift des deutschen Notarvereins (6. Jahrgang). 1906.
Weißler, Das Nachlaßverfahren, Veröffentlichungen des deutschen Notarvereins II. Berlin 1920.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage. Frankfurt 1906.
Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. 1850.
Wurzel, Die Rechtswirkung der Zuwiderhandlung gegen die gesetzl., richterl. und die durch Rechtsgeschäft begründeten Veräußerungsverbote nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1901.
Zachariä von Lingenthal-Crome, Franz. Zivilrecht, Bd. IV, 1827/28.

1. Teil.

§ 1. Einleitung.

Eine Untersuchung der Frage nach der Möglichkeit der Bindung des Nachlasses durch den Erblasser zwingt, zumal in den Zeiten des Umbruchs, notwendig zur Beschäftigung mit den Grundfragen des Erbrechts überhaupt, also mit dem Problem ausschließliche Privaterbfolge oder staatliches Erbrecht einerseits und dem Problem Familienerbrecht oder Testierfreiheit andererseits. Nur aus der jeweiligen Einstellung des Gesetzgebers zu diesen Grundfragen erklärt sich die jeweilige Regelung der speziell die gestellte Aufgabe betreffenden Fragen. So wird die Arbeit, sowohl im Rahmen eines kurzen geschichtlichen Ueberblicks, wie auch bei der Betrachtung des geltenden Rechts, besonders aber bei der Erörterung der künftigen Rechtsgestaltung mehr oder minder kurz auf diese grundsätzlichen Probleme jedes Erbrechts eingehen, um den Versuch zu machen, aus der hieraus gewonnenen Erkenntnis für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft die Antwort auf die besonderen Fragen dieser Abhandlung abzuleiten.

§ 2. Geschichtliche Entwicklung.

Im ältesten geschichtlichen römischen Recht war die Gemeinschaft der Familiengenossen (familia) der Träger des Familienvermögens; nicht etwa war, wie das früher angenommen wurde, der pater familias unbeschränkter Alleineigentümer des Familiengutes [1]). Mag der pater familias über das Familiengut zu verfügen befugt gewesen sein, so war doch wohl in der ältesten Zeit eine Verfügungsfreiheit von Todeswegen unbekannt [2]). Das Familien-

1) Jörs-Kunkel § 37, 3 b, S. 64.

2) Siehe hiezu und zum folgenden: Jörs-Kunkel § 194 ff., S. 307 ff. und § 200 ff., S. 316 ff.; Kreller § 4, I, 2 b, S. 21, § 17, Anhang S. 76 ff.; Sohm § 97, S. 551 f. Ueber die Aufschlüsse, die der neue Gaiusfund hierüber und besonders über die uralte römische Erbengemeinschaft brachte, vgl. Levy ZRG romanistische Abteilung Bd. 54 (1934), S. 258 ff., besonders S. 276; auch Jörs-Kunkel § 20, Anm. 16, S. 34; Kreller § 4, I, 2 a, S. 21.

gut vererbte sich im agnatischen Familienverband. Die durch die zwölf Tafeln geschaffene agnatische Erbfolgeordnung blieb an sich zivilrechtlich bis ins zweite Jahrhundert nach Christus [3]) unverändert. Indessen war der schon längst vorher im Volksbewußtsein erfolgten Anerkennung der Blutsverwandtschaft durch das Prätorenrecht Geltung verschafft worden mit dem Erfolg, daß sich praktisch eine prätorische Erbfolgeordnung vor die zivile agnatische Ordnung schob und so das Erbrecht der Cognaten sich durchsetzte. Dabei begrenzte das Prätorenrecht die Vererbung in der Seitenlinie und in der aufsteigenden Linie mit dem sechsten Grade [4]). (Allerdings mit der Maßgabe, daß aus dem siebten Grade noch die sobrino nati d. h. die Abkömmlinge der Geschwisterenkel erben sollen.)

Entferntere Verwandte waren nicht mehr erbberechtigt, vielmehr trat an deren Stelle der Fiskus. Schließlich wurde aber dieses staatliche Erbrecht wieder verdrängt, als Justinian in der Novelle 118 jede Erbrechtsgrenze beseitigte und so die unbeschränkte Privaterbfolge (Verwandtenerbfolge) einführte. Auf der anderen Seite entwickelte sich das ursprünglich gebundene Familieneigentum mehr und mehr zum Alleineigentum des pater familias und sehr früh schon kam es zum Eindringen der Testierfreiheit. Eingeschränkt wurde diese Testierfreiheit, nachdem sie sich einmal durchgesetzt hatte, lediglich durch die Entwicklung des Noterbrechts, das vom formellen Noterbrecht des alten durch die Prätoren fortgebildeten Zivilrechts über das vom Centumviralgericht entwickelte materielle Noterbrecht [5]) schließlich von Justinian in den Novellen 18 und 115 dahin festgelegt wurde, daß der Pflichtteil auf ein Drittel bzw. auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils festgelegt und dem übergangenen Erben die querela-inofficiosi testamenti eingeräumt wurde mit der Wirkung, daß

---

3) „Senatus consulta Tertullianum und Orfitianum."

4) Zur Entwicklung des Testaments und zum Sieg der gewillkürten Erbfolge über die gesetzliche und prätorische Erbfolgeordnung vgl. Jörs-Kunkel § 194, 3 und 4, S. 309, § 195, S. 311, § 200 ff., S. 316 ff.; Kreller § 17, Anhang 2, S. 77; Siber § 109 ff., S. 328 ff., besonders § 111, 112, S. 336 und 340 f.

5) Siehe Jörs-Kunkel §§ 208—210, S. 327 ff.; Kreller § 17, Anhang 4, S. 78; Siber § 119, S. 371 ff.; Sohm § 102, S. 605 ff.

der Pflichtteilsberechtigte seinen vollen gesetzlichen Erbteil erhielt [6]).

Auch nach Anerkennung des privaten Testierrechts war zunächst die Möglichkeit einer Bindung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände über den Tod hinaus nicht gegeben. Einmal war die Einsetzung mehrerer Erben hinter einander, also die heutige Nacherbeinsetzung unbekannt, vielmehr galt der Grundsatz „semel heres, semper heres" [7]). Auch das sich mehr und mehr entwickelnde Recht des Vermächtnisses (legatum) ließ zunächst eine Nachbedenkung mit Vermächtnissen nicht zu, weil nur ein Testamentserbe beschwert werden konnte und die Beifügung einer auflösenden Bedingung oder Befristung unzulässig war [8]). Demgegenüber suchten die Testatoren durch fideikommissarische Anordnung einer „restitutio" eine Bindung des Nachlasses über ihren Tod hinaus zu erreichen. So entwickelte sich im späteren römischen Recht allmählich das Universalfideikommiß, das die Möglichkeit mehrerer weder nach der Zeit, noch nach der Zahl beschränkter Substitutionen zuließ, bis schließlich die Novelle 159 eine Beschränkung dahin brachte, daß das vererbte Gut in der vierten Hand frei wurde, wenn der vorige Inhaber vor Erreichung der Pubertät gestorben war. Mit der Errichtung dieser fideikommissarischen Substitution war also dem Erblasser die Möglichkeit gegeben, die heute mit der Nacherbeinsetzung erreichbaren Zwecke zu verwirklichen [9]) und so in gewissem Umfang eine Bindung des Nachlasses herbeizuführen [10]). Allerdings war ursprünglich die Erfüllung der Fideikommisse überhaupt nur der Gewissenhaftigkeit des Erben überlassen, erst

---

6) War allerdings der Pflichtteilsberechtigte irgendwie letztwillig bedacht, aber mit weniger als seinem Pflichtteil, dann war das sonderbare an der Regelung Justinians, daß er das am Pflichtteil, nicht am gesetzlichen Erbteil fehlende im Wege der Ergänzung von den eingesetzten Erben fordern konnte und zwar lediglich als gewöhnlicher Gläubiger (actio ad supplendam legitimam); siehe Jörs-Kunkel; § 209, 5, S. 330 und § 210, 1 c, S. 331.

7) Jörs-Kunkel § 195, 3, S. 312; Kreller § 17, Anhang 3, S. 78; Siber § 110, II, S. 336 und § 116, S. 361.

8) Jörs-Kunkel § 225, 2, S. 355 und § 226, 2, S. 357; Siber § 114, 3 und 4, S. 349/350, § 115, I, 1 b, S. 351 und II, 1 c, S. 359.

9) Kreller § 17, Anhang 3, S. 78.

10) Zur Entwicklung der Vermächtnisse und Fideikommisse, vgl. Jörs-Kunkel § 221—228, S. 346—360; auch Sohm §§ 104—106, S. 624—637.

seit Anfang der Kaiserzeit wurde auch bei ihnen die Klage gewährt. Als schließlich Justinian den Unterschied zwischen Fideikommissen und Legaten beseitigte, konnte sich auch das Nachvermächtnis, d. h. das bedingte oder befristete Vermächtnis entwickeln, wobei sowohl der Erbe, wie auch der mit Legat oder Fideikommiß Bedachte beschwert werden konnte[11]).

Eine gewisse, wenn auch beschränkte Möglichkeit der Bindung gewährte schließlich noch das Recht der Auflage[12]). Zwar war die Vollziehung der Auflage, die übrigens zunächst in der Regel gemeinnützigen, wohltätigen oder religiösen Zwecken diente, ursprünglich nicht erzwingbar. Indessen suchten die Prätoren dadurch zu helfen, daß sie bei öffentlichem Interesse extra ordinem einschritten und in anderen Fällen die Klage auf das beschwerte Vermächtnis verweigerten oder ihr gegenüber die exceptio doli zuließen[13]). Durch den auf diese Weise allmählich gewährten Schutz zur Verwirklichung der Auflage näherte sich der modus mehr und mehr dem Fideikommiß, sodaß sich schließlich in der späteren Kaiserzeit Bestimmungen finden, bei Auflagen nach Maßgabe der Fideikommisse zu verfahren. Ob so geradezu eine Verschmelzung von Auflage und Fideikommissen stattgefunden hat oder nicht, ist streitig[14]). Unter Justinian kam es dann zur Vereinheitlichung der Begriffe, sodaß nunmehr der Begriff modus als terminus technicus gebraucht wurde. Der Verwirklichung der Auflage dienten im Justinianschen Recht einmal die Kautionspflicht des Legators, weiter unter Miterben die actio familia erciscundae und schließlich das amtliche Interventionsrecht, das weiterhin ausgebildet wurde. So nahm auch das Recht der ursprünglich nicht erzwingbaren Auflage eine Entwicklung, die immerhin eine gewisse Bindung des Nachlasses ermöglichte.

Der Ausgangspunkt des germanischen und damit auch des deutschen Erbrechts ist im Gesamteigentum der Verwandtschaft

---

11) Jörs-Kunkel § 225, 2, S. 355 und § 227, S. 357 f.; Kreller § 17, Anhang 3, S. 78; Siber § 116, S. 361; Sohm § 106, S. 634 ff.

12) Zur Entwicklung der Auflage im römischen Recht und zu den Streitfragen hierüber vgl. Pernice Bd. 3, S. 23 ff., bes. auch S. 32; Siber § 125, III, S. 428 und § 125, 2, S. 419; Sohm § 43, III, S. 235 f.

13) Pernice S. 37; auch Sohm § 43, III, S. 236.

14) Vgl. dazu v. Kapff S. 3.

(Sippe, Hausgemeinschaft) zu suchen[15]). So lange ursprünglich alles Vermögen im Gesamteigentum der Sippenverbände stand — abgesehen von persönlichen Gebrauchsgegenständen, wie Waffen und Kleider — und auch so lange in der Folge das Vermögen, zunächst die Fahrnis, später auch die Liegenschaft Gesamtgut der Hausgemeinschaft war, kann von einem eigentlichen Erbrecht kaum geredet werden. Vielmehr rückte beim Tode des Hausherrn die Hausgemeinschaft nach und der älteste Sohn übernahm die Hausgewalt, während beim Wegfall eines Angehörigen, insbesondere eines Sohnes, eine Anwachsung stattfand. Waren keine eigentumsfähigen Mitglieder der Hausgemeinschaft mehr vorhanden, dann fiel das Hausgut wieder an die Sippe. Erst mit der Beendigung oder Lockerung dieses Eigentums zur gesamten Hand ergab sich, wie Hübner ausführt[16]), die Notwendigkeit eines Erbrechts im eigentlichen Sinne. Diese Weiterentwicklung zum eigentlichen Erbrecht setzte sich in der fränkischen Zeit durch[17]). Erben waren zunächst die Hausgenossen, wobei so gut wie allgemein die Frauen hinter die Männer zurückgesetzt wurden, insbesondere hinsichtlich der Liegenschaften[18]). Erst allmählich wurde die Erbberechtigung auch in die Liegenschaft zunächst auf Töchter, Brüder und Schwestern des Erblassers[19]) und schließlich über den engeren Kreis der Hausgemeinschaft hinaus auch auf die weiteren Verwandten nach der Magschaftsfolge ausgedehnt[20]).

Noch langsamer als im römischen Recht setzte sich im deutschen Recht die Testierfreiheit durch. Der Gedanke des Hausvermögens mit dem dadurch begründeten Warterecht der nächsten Erben,

15) Hiezu und zum folgenden vgl. Hübner § 102, S. 734 ff., siehe auch Planitz § 10, I, 4, S. 26.

16) A. a. O. § 102, I, S. 735.

17) Vgl. Hübner § 107, S. 762 ff.; Planitz § 26, I, 4 a, S. 87/88.

18) Nach der Lex Salica 59, 5 waren Frauen in den Grundbesitz nicht nachfolgeberechtigt, vielmehr fiel die Liegenschaft beim Fehlen von Söhnen der Sippe (Markgenossenschaft) zu; siehe Hübner § 107, I, 2 c, S. 769; Planitz § 26, I, 4 a, S. 87.

19) Edictum Chilperici, vgl. Hübner § 107, I, 2 c, S. 769, Fußnote 1.

20) Als „Magschaft" wird mit Hübner § 106, I, S. 755 im Unterschied zu dem ursprünglich rein agnatischen festgeschlossenen Sippenverband die Gesamtheit der Blutsverwandten bezeichnet und zwar besonders für das Erbrecht die Blutsverwandten des weiteren Kreises, also die außerhalb der Hausgemeinschaft stehenden Verwandten.

wie auch das ausschließlich auf die Blutsverwandtschaft begründete Verwandtenerbrecht schloß an sich letztwillige Verfügungen über den Nachlaß aus. Ueber die bereits im ältesten germanischen Recht bekannten Erbschaftsgedinge, die dem erblosen Mann die Möglichkeit gaben, sich einen Erben zu küren [21]), entwickelte sich allmählich das Institut der Vergabungen auf den Todesfall [22]).

Diese Vergabungen von Todeswegen, die allerdings keinen erbrechtlichen Charakter trugen, sondern unwiderrufliche sachenrechtliche Verträge waren und bei denen häufig auch der aus der Affatomie stammende Salmann als Treuhänder eingeschoben wurde, wurden im Laufe des Mittelalters mehr und mehr zu Vergabungen an Verwandte oder Ehegatten benützt und umfaßten schließlich häufig das ganze Vermögen [23]). Da sie auch immer mehr erbrechtliche Bestandteile in sich aufnahmen, wurden sie so zu den Vorläufern der aus ihnen sich allmählich entwickelnden Erbverträge und Testamente, wenn auch der Erbvertrag als wirklich allgemeingültiges Institut und überhaupt die Testierfreiheit erst nach der Rezeption des römischen Rechts sich wirklich durchsetzen [24]).

Brachte so erst die Rezeption im wesentlichen die Testierfreiheit und die Testamente, so ergibt sich schon daraus, daß dem deutschen Recht eine Nacherbfolge oder eine dieser Einrichtung ähnliche Form unbekannt war. Ebensowenig kannte das deutsche Recht Vermächtnisse oder Auflagen, bevor nicht das römische Recht sich durchgesetzt hatte. Dagegen hat der heutige Testamentsvollstrecker sich wohl völlig aus dem deutschen Recht entwickelt. Er entstand aus dem deutschen Salmann, d. h. jenem zur Zeit der Volksrechte entwickelten Treuhänder, dessen es im

---

21) Affatomie der salischen Franken und Gairethinx der Langobarden; s. dazu Hübner § 110, S. 780 ff.; Planitz § 26, I, 4 b, S. 88.

22) Siehe dazu insbesondere auch zur Entwicklung des Freiteils, der dem einzelnen gestattete, über Stücke oder sogar einen ideellen Teil des Hausvermögens zu verfügen: Schultze, Augustin, bes. S. 2—4, 66 ff., 201 ff., 217 ff.; im Anschluß an ihn Hübner § 110, II, S. 782 ff. und Planitz § 26, I, 4 b, S. 88.

23) Hübner § 110, S. 787; Planitz § 48, II, 3, S. 189.

24) Vgl. zu dieser Entwicklung Hübner §§ 110—112, S. 787 ff.; Planitz § 48, II, 3, S. 189.

fränkischen Recht zur Mitwirkung bei der Berufung eines gekorenen Erben bedurfte [25]).

Im ganzen ist für das deutsche Recht zu sagen, daß ihm Befugnisse des Erblassers, seinen Nachlaß über seinen Tod hinaus zu binden, unbekannt waren bis zum Eindringen des römischen Rechts, d. h. bis zur Rezeption. Eine Ausnahme hievon bilden lediglich die besonderen Einrichtungen der hochadligen Stammgüter und der Familienfideikommisse, die derartige Bindungen weitgehend, aber ausgesprochen im Familieninteresse kennen und entwickeln [26]).

25) Siehe im einzelnen hiezu und über die Fortentwicklung des Salmannes unten Seite 45 ff.

26) Hierüber einschließlich der geschichtlichen Entwicklung vgl. unten Seite 60 ff.

II. Teil. Das geltende Recht.

§ 3. Allgemeines.

Das BGB hat sowohl die ausschließliche Privaterbfolge und damit auch die unbeschränkte gesetzliche Verwandtenerbfolge, wie die grundsätzlich unbeschränkte Testierfreiheit anerkannt. Allerdings nicht ohne Kampf. Gegen die unbeschränkte Privaterbfolge und für ein Erbrecht der öffentlichen Hand hatten sich manche beachtliche Stimmen im Laufe des 19. Jahrh. erhoben [1]). Die Entstehungsgeschichte zeigt darum auch ein Schwanken. Der erste Entwurf (E. I) verwarf zunächst jegliche Beschränkung der Privaterbfolge [2]).

Der 2. Entwurf und die Reichstagsvorlage beschränkten im Gegensatz hierzu die Verwandtenerbfolge dahin, daß die Verwandten bis zur 4. Parentel, hinter dieser Parentel aber nur noch die weiteren Voreltern selbst, nicht deren Abkömmlinge, zu Erben berufen sein sollten [3]). In der Reichstagskommission siegte jedoch wiederum die gegenteilige Meinung. Die unbeschränkte Verwandtenerbfolge des E. I wurde wieder hergestellt und schließlich Gesetz [4]).

Die Folgezeit brachte zwar noch verschiedene Bestrebungen, diese Regelung des BGB zu ändern, die Verwandtenerbfolge zu beschränken und das Erbrecht des Staates einzuführen. Zwei Entwürfe, einen im Jahre 1908, einen andern im Jahre 1913, legte die Regierung dem Reichstag vor; der erste wollte die gesetzliche Verwandtenerbfolge schon mit den Eltern abschließen und den Großeltern nur noch die Rechtsstellung von Vorerben gewähren. Der zweite Entwurf berief zwar die Großeltern noch zu gesetzlichen Erben, schloß aber deren Abkömmlinge und alle entfernteren Ordnungen aus [5]). Beide Entwürfe wurden jedoch vom Reichstag abgelehnt.

1) Vgl. Staudinger-Böhmer § 7, II, III, IV und VI.
2) Ueber die Gründe vgl. Mot. Bd. 5, S. 366/67.
3) Prot. V, S. 469/471.
4) Vgl. hiezu die Begründung im Bericht der Reichstagskommission S. 168.
5) Im einzelnen vgl. hiezu Staudinger-Böhmer § 8, VII.

Auf der anderen Seite gewährleistet das geltende Recht eine nahezu unbeschränkte Testierfreiheit. Völlig ausgeschlossen ist eigentlich eine vertragliche Beschränkung der Testierfreiheit. Während das deutsche Recht es zwar für unzulässig hielt, sich positiv zur Errichtung eines Testaments zu verpflichten, bebetrachtete es im Gegensatz zum römischen Recht Verträge, durch die sich der Erblasser verpflichtete, kein Testament zu errichten, für gültig [6]). Ebenso hat die überwiegende Meinung im gemeinen Recht eine Verpflichtung des Erblassers, ein bereits errichtetes Testament nicht mehr zu widerrufen, für zulässig und gültig gehalten [7]). Im Gegensatz dazu steht das BGB ganz im Banne römisch-rechtlicher Anschauung, verlangt den unbedingten Schutz der Testierfreiheit des Erblassers auch gegenüber seinen eigenen Beschränkungen und hat in § 2302 BGB jeden Vertrag, der eine Selbstbeschränkung in dieser Richtung begründen soll, für nichtig erklärt. Auch das Pflichtteilsrecht ist praktisch kaum eine Beschränkung. Während das römische Noterbrecht auch in seiner späteren Ausgestaltung jedenfalls bei gänzlicher Uebergehung des gesetzlichen Erben eine Beschränkung der Testierfreiheit brachte, weil der Uebergangene Erbe wurde, hat das BGB seinen Pflichtteilsanspruch nach dem System der Geldforderung ausgebildet. Auch hierüber kam es bei der Entstehung des BGB zum Streit [8]).

Der E. I entschied sich für die Ausgestaltung des Pflichtteils als Forderungsrecht. Anerkannt wurde zwar, daß überwiegend ethische Gründe für ein Erbfolgerecht des Pflichtteilsberechtigten sprächen, jedoch wurden die Gegengründe, nämlich einmal Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und sodann die Forderung nach angeblicher Folgerichtigkeit für gewichtiger gehalten [9]). Aber noch in der Kommission für die II. Lesung wurde gegen diese Auffassung des ersten Entwurfs angegangen und beantragt, dem Pflichtteilsberechtigten ein unentziehbares Recht auf eine Quote der Erbschaft zu geben und ihm die Befugnis einzuräumen, eine letztwillige Verfügung anzufechten, soweit sie seinen Pflichtteil be-

6) So z. B. Württ. LR. II, 8, § 5.

7) Siehe Windscheid Pand. III, § 529, S. 192, Note 4 und § 564, S. 297, Note 5.

8) Siehe hiezu Mot. V, S. 386.

9) Vgl. dazu Mot. V, S. 386/387.

einträchtigt[10]). Der Antrag wurde jedoch von der überwiegenden Mehrheit abgelehnt. Die Gegenmeinung betonte einmal, daß die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts als Geldforderung wesentlich klarer und einfacher sei, sodann wurde geltend gemacht, dem Pflichtteilsberechtigten stehe lediglich ein moralisches Recht zu, einen Teil vom Vermögen des Erblassers zu erhalten, nicht aber habe er Anspruch darauf, Erbe zu werden. Auch die Volksauffassung gehe nicht dahin, daß dem Pflichtteilsberechtigten gerade ein Erbteil zugewendet werden müsse, den Beteiligten komme es wesentlich darauf an, eben einen Teil des Vermögens zu erhalten, wobei kaum darauf Wert gelegt werde, ob sie diesen Teil gerade als Erben erhalten. Schließlich wurde noch eine Reihe praktischer Bedenken wegen der vorgesehenen Anfechtung der letztwilligen Verfügung wie wegen der vorherzusehenden Streitigkeiten unter den Beteiligten geltend gemacht[11]).

So wurde die heute noch geltende Regelung Gesetz, wurde der Pflichtteilsanspruch als reiner Geldforderungsanspruch ausgestaltet. Gerade diese Ausgestaltung rechtfertigt es, zu sagen, daß die Testierfreiheit im geltenden Recht auch gesetzlich so gut wie unbeschränkt ist. Der Erblasser kann in vollem Umfang über seinen Nachlaß verfügen; soweit er dabei Pflichtteilsberechtigte übergeht, belastet er eben den Nachlaß mit einer obligatorischen Verbindlichkeit, ohne aber irgendwie in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt zu sein. Das BGB erwähnt ja in seinen Bestimmungen über die Testamentserrichtung auch mit keinem Wort, daß die Testierfreiheit durch das Pflichtteilsrecht begrenzt ist[12]).

Aus dieser grundsätzlichen Einstellung des BGB zur Testierfreiheit ergibt sich auch seine Stellung zu den Fragen der vorliegenden Abhandlung. Räumt das BGB dem Erblasser grundsätzlich die Befugnis ein, letztwillig über seinen Nachlaß unbeschränkt zu verfügen, dann wird es auch andererseits dem auf eine Bindung des Nachlasses über seinen Tod hinaus gerichteten Willen des Erblassers weitgehend Rechnung tragen. Wohl geht nach dem

10) Siehe hiezu Prot. V, S. 490/497.

11) Wegen der ausführlichen Begründung für und wider vgl. Prot. V, Seite 490/497.

12) Siehe hiezu auch Böhmer Arch.ziv.Pr., Heft 144, S. 43.

geltenden Recht der Nachlaß grundsätzlich als Einheit, also im Wege der Universalsuccession auf den Erben über und wohl erwirbt dieser Erbe grundsätzlich die freie Verfügungsmacht über die Erbschaftsgegenstände. Aber dieser Grundsatz gilt praktisch nur für die gesetzliche Erbfolge, für die gewillkürte Erbfolge nur, wenn der Erblasser keine andere Bestimmung getroffen hat. Andererseits aber hat das geltende Recht klar und eindeutig mit dem alten römisch-rechtlichen Grundsatz „semel heres, semper heres" gebrochen. Aus der grundsätzlichen Einstellung des BGB, die den Erblasser als den schrankenlosen Herrn seiner Habe betrachtet, die ihm über alle Familienverbindungen hinweg die Vererbung dieser Habe an fremde Personen gestattet, die eben ganz allgemein dem Willen des Erblassers die alleinmaßgebende Bedeutung beimißt, hat der Erblasser auch in weitem Umfang die Möglichkeit, nicht nur das Geschick seines Nachlasses unmittelbar für den Todesfall zu bestimmen, sondern auch noch darüber hinaus die Nachlaßgegenstände insgesamt oder teilweise zu binden. Bei der Ausgestaltung dieser Möglichkeiten hat sich das geltende Recht, wie noch gezeigt wird, weithin an die im römischen und gemeinen Recht entwickelten Institute angelehnt und diese fortentwickelt. Ebenso wie aus Gründen der äußeren Ordnung und Verkehrssicherheit der letzte Wille des Erblassers an gesetzliche Formen gebunden werden mußte, wurde auch eine beschränkte Anzahl von Möglichkeiten für die Bindung des Nachlasses zur Verfügung gestellt. Alle diese Möglichkeiten sind im einzelnen gesetzlich geregelt; im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hat der Erblasser noch einen gewissen Spielraum, im übrigen aber hat er — will er letztwillig seinen Nachlaß noch über den Erbfall hinaus binden — sich im Rahmen der ihm durch das Gesetz gebotenen Einrichtungen zu halten.

Trägt das BGB also dem Willen des Erblassers weitgehend Rechnung, so schließt es doch eine Verewigung dieses Willens aus. Es gestattet grundsätzlich nur eine zeitlich beschränkte Bindung. Die zeitliche Schranke ist für die Regel auf 30 Jahre, höchstens aber auf die Dauer eines Menschenlebens festgelegt.

Aus der kurz geschilderten Einstellung heraus hat das GBB die Institute der Nacherbschaft, des Nachvermächtnisses, der Auflage, des Teilungsverbots und schließlich der Testamentsvollstreckung

entwickelt und gesetzlich festgelegt. Das Gesetz stellt diese Möglichkeiten dem Erblasser zur Verwirklichung seines auf die Bindung des Nachlasses über den Erbfall hinaus abzielenden Willens wahlweise oder miteinander verbunden zur Verfügung.

§ 4. Nacherbfolge.

Eine recht weitreichende und auch in der Praxis häufig benützte Möglichkeit zur Bindung des Nachlasses gewährt das Institut der Nacherbfolge. Der Erblasser kann hier für längere Zeit eine rechtliche Bindung seines Vermögens herbeiführen, wobei die Interessen aller Beteiligten dennoch möglichst gleichmäßig berücksichtigt werden.

Entstanden ist das Institut der Nacherbfolge, wie das bereits der Ueberblick über die geschichtliche Entwicklung gezeigt hat, aus dem Fideikommiß des römischen Rechts, das mit der Rezeption übernommen und in der Folge ausgestaltet wurde. Die spätere Regelung in den landesrechtlichen Kodifikationen war indes gerade hinsichtlich der Dauer der Bindung stark verschieden. Während wie oben erwähnt [1]) im spätrömischen Recht die Zahl der Substitutionen beschränkt und das vererbte Gut in der vierten Hand frei wurde, hat das preußische Landrecht die Zahl der zulässigen Substitutionen auf zwei festgesetzt durch die Anordnung, daß, wenn nach den Gesetzen der Fall eines Familienfideikommisses im deutschrechtlichen Sinne nicht gegeben sei, eine fideikommissarische Substitution nur zum Besten des ersten und zweiten Substituten Geltung habe [2]). Noch stärker waren die Einschränkungen des französischen Rechts; der code civil verbietet grundsätzlich Verfügungen eines Erblassers, durch die ein Erbe oder Vermächtnisnehmer mit der Verpflichtung beschwert wird, die ihm gemachte Zuwendung für eine andere Person zu erhalten oder ihr zu hinterlassen [3]). Die einzigen Ausnahmen, die in Artikel 1048—49 cc. vorgesehen sind, geben lediglich bei Erbeinsetzungen von Kindern die Möglichkeit der Substitution von

1) Vgl. S. 13.

2) ALR I, 12, § 55.

3) Cc. Art. 896; Zachariä-Crome IV, S. 369 ff.

Enkeln und — kinderlosen Erblassern — bei Einsetzung ihrer Geschwister die Möglichkeit der Substitution ihrer Geschwisterkinder.

Die österreichische Gesetzgebung hat im A.BGB unterschieden zwischen den Fällen, in denen als Nacherben Personen eingesetzt wurden, die bei Errichtung der letztwilligen Verfügung schon geboren waren und solchen, bei denen die Nacherben oder ein Teil von ihnen noch nicht geboren waren. Im ersten Fall ist die Zahl der Substitutionen unbeschränkt, findet indessen ihre natürliche zeitliche Beschränkung darin, daß alle Nacherben zur Zeit der Testamentserrichtung bereits leben müssen, im letzteren Fall ist hinsichtlich des beweglichen Vermögens nur eine Substitution zulässig, während für die Liegenschaft zwei Substitutionen zugelassen sind. In diesem Fall wird also das gebundene Vermögen bereits in der Hand des ersten oder doch des zweiten solcher noch ungeborener Nacherben freies Eigentum [4]).

Demgegenüber hat das sächsische Gesetzbuch überhaupt keine Beschränkung der Nacherbfolge in Bezug auf die Zahl der Fälle vorgenommen [5]).

Das BGB hat einerseits den ja schon durch die Ausbildung des Universalfideikommisses weithin durchbrochenen römischrechtlichen Grundsatz: „semel heres, semper heres" nicht übernommen, vielmehr grundsätzlich zugelassen, daß mehrere Personen nacheinander Erben einer und derselben Erbschaft werden. Andererseits hat es, in gänzlicher Abweichung von der im spätrömischen Recht und in den meisten Kodifikationen vorgenommenen Beschränkung, der Zahl der Substitutionen bestimmte zeitliche Schranken gesetzt [6]).

Begrifflich ist die Nacherbfolge in § 2100 BGB festgelegt. Nacherbfolge ist gegeben, wenn der Erblasser einen Erben (den Nacherben) in der Weise einsetzt, daß dieser erst Erbe werden soll, nachdem zunächst ein anderer (der Vorerbe) Erbe geworden ist. Nacherbfolge kann im Testament oder durch Erbvertrag angeordnet werden. Der Nacherbe kann entweder auf den ganzen Nachlaß oder nur auf einen Bruchteil des Nachlasses des Erb-

4) ABGB §§ 611/12.

5) Meischeider S. 220.

6) Siehe dazu unten S. 26 f.

lassers eingesetzt werden. Eine ausdrückliche wörtliche Bezeichnung als Nacherbe ist nicht erforderlich. Ist es zweifelhaft, ob jemand als Nacherbe oder als Ersatzerbe, d. h., als Erbe für den Fall, daß der zunächst Berufene nicht Erbe wird, eingesetzt ist, dann gilt er als Ersatzerbe (§ 2102, Abs. 2). Nacherbfolge setzt voraus, daß der Nacherbe nicht schon mit dem Erbfall Erbe wird, vielmehr muß zwischen dem Tode des Erblassers und dem Uebergang der Erbschaft auf den Nacherben ein Zeitraum liegen, während dessen ein anderer, der Vorerbe, Erbe ist. Bis zum Eintritt der Nacherbfolge gilt der Vorerbe als Erbe. Grundsätzlich ist die Stellung des Vorerben dieselbe wie die eines Erben, der durch keine Nacherbfolge beschränkt wird. Der Vorerbe ist Eigentümer des Nachlasses. Als solcher hat er auch die Verwaltung des Nachlasses.

Der Nacherbe hat bis zum Eintritt des Nacherbfalles keine Erbenstellung; er hat nicht nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft, sondern vom Eintritt des Erbfalls an bereits ein Anwartschaftsrecht auf den Anfall der Erbschaft [7]).

Der Vorerbe ist als Erbe und Herr des Nachlasses bis auf einige wichtige gesetzliche Beschränkungen zur freien Verfügung über den Nachlaß berechtigt (§ 2112 BGB) [8]). Die Beschränkungen ergeben sich daraus, daß dem Nacherben die Substanz des Nachlasses erhalten bleiben soll. So ist dem Erblasser mit dem Rechtsinstitut der Nacherbfolge ein Mittel gegeben, durch welches er die Substanz seines Nachlasses über seinen Tod hinaus erhalten kann.

Im einzelnen bestimmt das Gesetz folgendes: Der Vorerbe ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Erbschaft verpflichtet, wobei er nur für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 2131 BGB). Der subjektive Maßstab dieser Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten kommt aber — was gleich hier vermerkt werden soll — von vornherein nicht in Be-

7) Auf die rechtliche Natur dieses Anwartschaftsrechtes soll hier nicht eingegangen werden. Seine Uebertragbarkeit ist in ständiger Rechtsprechung nach Analogie von § 2033 BGB anerkannt, vgl. RGR-Komm. Bem. 2 zu § 2108 BGB; RGZ 101, 185 und 103, 358 und eingehend Schiedermaier Arch.Ziv.Prax. 139, S. 129 ff.

8) So die fast allgemeine Ansicht, vgl. Staudinger, Vorbem. zu §§ 2112 bis 2115; Planck § 2112, Anm. 1; Meischeider S. 250; Kipp, Erb. § 93, IV; a. A. Thiesing, Arch.Ziv.Prax. 94, S. 229; vermittelnd Raape, Veräußerungsverbot § 25; ferner Küttner S. 35.

tracht, soweit das Gesetz dem Vorerben bestimmte Verhaltungsmaßregeln vorschreibt, wie z. B. die Pflicht zur Hinterlegung von Inhaberpapieren (§ 2116 BGB), der Eintrag im Schuldbuch (§ 2118 BGB), die mündelsichere Anlegung von Geld (§ 2119 BGB), die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes über einen Wald (§ 2123 BGB) oder die übermäßige Fruchtziehung (§ 2133 BGB).

Neben dieser Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung, deren Verletzung dem Nacherben Schadenersatzansprüche oder gegebenenfalls (siehe unten) weitgehende Rechte in bezug auf Sicherstellung gibt, ist der Vorerbe noch weitgehenden dinglich wirkenden Einschränkungen seiner Verfügungsmacht zugunsten des Nacherben unterworfen.

So sind einmal Verfügungen des Vorerben über zum Nachlaß gehörende Grundstücke oder Rechte an solchen Grundstücken [9]), sowie unentgeltliche Verfügungen des Vorerben (ausgenommen Pflicht- und Anstandsschenkungen) insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 2113 BGB) [10]).

In der gleichen Weise wie Verfügungen über Grundstücke und unentgeltliche Verfügungen sind weiterhin mit der aus § 2115, S. 2 BGB sich naturgemäß ergebenden Einschränkung unwirksam Verfügungen über Erbschaftsgegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter (§ 2115 BGB). So ist es zwar möglich, wegen Schulden des Vorerben in den Nachlaß zu vollstrecken. Diese Zwangsvollstreckungsverfügungen sind aber im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigten [11]).

9) Wegen der beschränkten Einziehungsbefugnis bei durch Grundpfandrecht gesicherten Forderungen vgl. § 2114 BGB.

10) Die Unwirksamkeit ist nicht nur eine relative, sondern absolute; so die weitaus herrschende Meinung, siehe Staudinger Bem. III zu §§ 2112—2115; Thiesing, Arch.ziv.Prax. Bd. 94, S. 233, Note 4; Kipp, Erbrecht § 93, IV, 1; Planck 1 c und 2 zu § 2113; RGR-Komm. Bem. 2 zu § 2113; anderer Meinung Frommhold Bem. 1 zu § 2113, Dernburg Bd. 5, § 58, Anm. 2; teilweise auch Salinger S. 162 ff. Allerdings sind redliche Erwerber geschützt (§ 2113, Abs. 3 BGB), andererseits ist aber das Recht des Nacherben eintragbar und gemäß § 51 GBO bei Eintragung des Vorerben von amtswegen ins Grundbuch einzutragen.

11) Im Hinblick darauf bestimmt auch § 773 ZPO, daß die Veräußerung oder Ueberweisung der gepfändeten Gegenstände unterbleiben soll.

Zu diesen Beschränkungen des Vorerben in der Verfügungsbefugnis treten noch die dem Nacherben in den §§ 2121—2123, 2127—2129 gewährten Befugnisse, welche die ordnungsmäßige Verwaltung des Vorerben sicherstellen und gegebenenfalls sogar dem Nacherben den Anspruch auf Sicherheitsleistung, ja sogar auf Anordnung einer vom Gericht zu bestellenden Verwaltung geben. Schließlich ist der Nachlaß auch, wie dies der Natur der Vorerbschaft entspricht, der letztwilligen Verfügung des Vorerben entzogen [12]).

Diese gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben geben den Rahmen für die Möglichkeiten der Bindung durch den Erblasser. Der Erblasser kann nach § 2136 BGB den Vorerben von allen gesetzlichen Beschränkungen und Verpflichtungen befreien mit Ausnahme der unentgeltlichen Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 BGB), der Bestimmung über die Zwangsvollstreckung (§ 2115 BGB) und den Rechten des Nacherben, wie sie sich aus den §§ 2121 und 2122 BGB ergeben. Auf der anderen Seite sind die gesetzlichen Bestimmungen aber auch die Grenze für die Bindungsbefugnis des Erblassers; er kann dem Vorerben nicht weitergehende Beschränkungen auferlegen, dergestalt, daß dieser überhaupt nicht mehr Herr des Nachlasses ist, da damit überhaupt die ganze Erbeinsetzung hinfällig würde [13]).

Ist so der Vorerbe nicht nur starken Beschränkungen in seiner Verfügungsmacht unterworfen, sondern auch in der Verwaltung des Nachlasses keineswegs unbehindert frei, hat er also weitgehend auf die Rechte seines oder seiner Nacherben Rücksicht zu zu nehmen, so ist doch andererseits dieser Zustand nicht zeitlich völlig unbegrenzt.

Wie schon das römische Recht in seiner späteren Zeit der Entwicklung des Universalfideikommisses dadurch eine Schranke setzte, daß das vererbte Gut in der vierten Hand wieder frei wurde, wenn einer der drei Vorbesitzer vor Erreichung der Pubertät verstorben war, und wie auch die landesrechtlichen Kodifikationen in ihrer Mehrzahl die Zahl der Substitutionen be-

12) Anders allerdings, wenn die Nacherbeinsetzung entsprechend bedingt ist, vgl. Kipp § 95, VII, S. 355; RGZ 95/278 und dazu Raape in Arch.Ziv.Pr. 140, S. 233 ff.

13) Die Verbindung von Nacherbfolge mit Testamentsvollstreckung und anderen Instituten wird später behandelt werden.

schränkten[14]), so hat auch das BGB der Nacherbeinsetzung Schranken gesetzt, um zu vermeiden, daß für unabsehbare Zeit auf das Recht eines Nacherben Rücksicht genommen werden muß. Wie diese Schranken zu gestalten seien, darüber kam es allerdnigs bei Schaffung des BGB zu umfangreichen Beratungen. Die Frage war hauptsächlich, ob Schranken hinsichtlich der Zahl der Nacherbfälle oder eine absolute Zeitgrenze oder beides eingeführt werden sollten.

Der erste Entwurf wählte den letzten Weg[15]). Dabei ging man von der Erwägung aus, daß es aus nationalökonomischen Gründen angemessen erscheine, eine übermäßig lange Vinkulierung des nachbelassenen Vermögens zu verhindern. Man hielt es dabei für erforderlich, sowohl die Zahl der Fälle der Nacherbfolge zu beschränken, wie auch, um die Bestimmung einer erst nach sehr langer Zeit eintretenden Nacherbfolge zu verhindern, eine zeitliche Schranke zu ziehen. Eine solche zeitliche Schranke allein erschien aber auch nicht genügend, weil eine unbeschränkte Zahl von Nacherben zu Belästigungen und Gefährdungen der Gläubiger führen und eine unerwünschte Verwicklung der Rechtsverhältnisse zur Folge haben würde. Demgemäß bestimmte § 1812 des ersten Entwurfs, daß die Nacherbfolge nur einmal eintreten könne und die Einsetzung eines weiteren Erben mit dem Eintritt der ersten Nacherbfolge unwirksam werde.

§ 1813 setzte dann die zeitliche Schranke auf 30 Jahre fest. Man ging dabei davon aus, daß ein längerer Zeitraum, abgesehen von dem dagegen sprechenden volkswirtschaftlichen Grund, auch durch das Interesse der Beteiligten nicht gefordert werde.

Gegen diese Vorschläge erhob sich alsbald eine lebhafte, allerdings keineswegs einheitliche Kritik[16]). Während Gierke sowohl den § 1812, wie den § 1813 bekämpfte, verwarf Baron den § 1813, also die zeitliche Begrenzung, wogegen er dem § 1812 voll zustimmte.

Demgegenüber setzte sich Strohal[17]) für die Streichung des § 1812 und die Aenderung des § 1813 ein. Er billigte grundsätz-

14) Siehe oben S. 23 f.

15) Motive S. 90 ff.

16) Siehe Gutachten zum Entwurf V, S. 24.

17) Jher.Jahrb. 30, S. 186 ff.

lich eine Beschränkung der Nacherbfolge aus nationalökonomischen Gründen, hielt aber eine Beschränkung der Zahl der Nacherbeinsetzungen für unerwünscht, da sie zu unbilligen Konquenzen führe. Dem Grundgedanken des § 1813, also der zeitlichen Schranke von 30 Jahren, stimmte er für die Regel zu, fordert aber eine Aenderung dahin, daß die zeitliche Beschränkung entfalle, wenn ihr Eintritt auf den Fall des Todes eines zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugten Vorerben oder einen früheren Zeitpunkt gestellt sei, oder wenn der zur Zeit des Erbfalls bereits erzeugte Nacherbe ihren Eintritt erlebe. Die Festlegung der Frist gerade auf 30 Jahre hielt er für unwesentlich und erklärte gegen eine Verlängerung um höchstens 10 Jahre keine Bedenken zu tragen[18]).

Dieser Kritik entsprachen verschiedene Anträge in den Beratungen der zweiten Kommission[19]). In der Beratung bestand Einstimmigkeit dahin, daß aus den Gründen der Motive der Nacherbfolge gewisse Schranken zu setzen seien, dagegen gingen die Meinungen darüber auseinander, ob nicht eine der beiden Beschränkungen entbehrlich sei.

Man suchte eine vermittelnde Lösung, da einerseits gegen eine zu weite Ausdehnung der Nacherbschaft Bedenken bestünden, andererseits die Erreichung der vernünftigen Zwecke einer Nacherbschaft nicht unmöglich gemacht werden dürfe[20]). Schließlich gelangte die Kommission nach entsprechender Aenderung des § 1813 zur Streichung des § 1812 und damit zur Entscheidung dahin, daß nicht eine Beschränkung der Zahl der Nacherbfälle gewählt, vielmehr als Grundsatz ausgesprochen wurde, der Nacherbfall müsse binnen gewisser Zeit eintreten, daß also eine reine Zeitschranke festgelegt wurde[21]).

Die grundsätzliche Entscheidung, die nicht nur für die Nacherbfolge, sondern auch für alle übrigen Institute mit Ausnahme der Auflage gilt, und deshalb hier hervorgehoben werden soll, wurde dabei dahin getroffen, daß nach bürgerlichem Recht der

18) A. a. O. S. 174, Anm. 31.
19) Prot. Bd. V, S. 83.
20) Prot. V, S. 85.
21) Prot. V, S. 86 f.; über die Einzelheiten der Aenderungen des § 1813, E. I, der entsprechend den Vorschlägen der II. Kommission in das BGB aufgenommen wurde, vgl. anschließend bei der Darstellung des geltenden Rechts.

Erblasser seinen Nachlaß nur auf 30 Jahre nach seinem Tod, also auf ein Menschenalter, oder aber für die Dauer des Lebens eines einzelnen zur Zeit des Erbfalls schon existierenden Menschen binden kann. Ueber die im einzelnen vorgeschlagene Regelung sprach sich allerdings die zweite Kommission offen dahin aus, daß die aus der Beratung hervorgegangenen Vorschriften nicht einfach seien und gelegentlich zu Zweifeln Anlaß geben könnten, daß aber einfache Grundsätze auf diesem Gebiet sich bei Berücksichtigung aller erwägungswerten Interessen nicht aufstellen ließen und eine kasuistische Gestaltung nicht zu vermeiden sei.

Das BGB hat die Vorschläge der II. Kommission übernommen. Es zieht also die zeitliche Schranke und so bestimmt § 2109, Abs. 1, Satz 1 BGB, daß die Nachfolge unwirksam wird, wenn nicht innerhalb von 30 Jahren nach dem Tode des Erblassers der Fall der Nacherbfolge eintritt. Der Erblasser kann also immer sein Vermögen auf mindestens 30 Jahre binden. Trifft der Erblasser die Bestimmung, daß die Nacherbfolge erst nach mehr wie 30 Jahren eintreten soll, sei es, daß er dabei an ein Ereignis anknüpft, daß auf alle Fälle erst später eintreten kann, sei es, daß er ausgesprochen eine 30 Jahre übersteigende Zeit festlegt, dann erhebt sich die Frage nach der Wirksamkeit einer solchen dem Gesetz widersprechenden Anordnung. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, die Anordnung der Nacherbfolge sei dann von Anfang an unwirksam [22]). Die entgegengesetzte Auffassung vertritt Hachenburg [23]), der für diesen Fall an die Stelle der vom Erblasser angeordneten längeren Frist einfach die gesetzliche Frist von 30 Jahren treten lassen will.

Dies ist allerdings eine sehr summarische Erledigung der Streitfrage, der keineswegs zugestimmt werden kann. Entscheidend muß in erster Linie der Wille des Erblassers sein, der unter Anwendung des § 2084 BGB, also mit dem Ziel, der Anordnung möglichst Erfolg zu verschaffen, im Einzelfall zu erforschen ist. Dann wird sich notfalls im Wege der Umdeutung häufig eine an

22) So Kretzschmar § 32 bei Anm. 9 und Knoepfel S. 60.

23) Studien a. a. O. S. 30.

24) So auch die überwiegende Meinung, siehe Staudinger § 2109, 2; Planck § 2109, 2; RGR-Komm. § 2109, 1. Entsprechendes gilt auch für die übrigen Institute, also für Nachvermächtnis, Testamentsvollstreckung usw., soweit bei ihnen ebenfalls zeitliche Schranken gesetzt sind.

sich gegen die zwingende gesetzliche Bestimmung verstoßende Anordnung des Erblassers innerhalb der gesetzlichen Zeitschranke aufrecht erhalten lassen [24]). Dies gilt für Fälle, bei denen der Erblasser eine einmalige Vorerbschaft angeordnet hat, wie für solche, bei denen eine mehrmalige angeordnet ist.

Bei mehrmaliger Nacherbfolge tritt die Unwirksamkeit erst ein für die Fälle, die nach der 30jährigen Frist angeordnet sind. Die Frist von 30 Jahren zählt also für den zweiten und weitere Fälle der Nacherbfolge vom Tode des Erblassers an [25]). Von diesem Grundsatz läßt das Gesetz aber Ausnahmen zu. Die Nacherbeinsetzung behält ihre Gültigkeit auch über eine längere Frist wie 30 Jahre, wenn sie für den Fall angeordnet ist, daß in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt (§ 2109, Abs. 1 GBB). Wenn z. B. der Erblasser testiert: „Mein Erbe soll X sein, nach seinem Tode soll Y mein Erbe sein", dann ist dies wirksam, auch wenn X erst 40 Jahre nach dem Erbfall stirbt. In der Praxis kommt gerade dieser Fall sehr häufig vor, daß der Eintritt der Nacherbfolge an den Tod des Vorerben, Heirat des Vorerben, bestimmte Berufswahl, geknüpft ist. Wenn der Erblasser dagegen testiert: „Mein Erbe soll meine Frau X sein; sobald mein Schwiegersohn Y — mit welchem der Erblasser schlecht lebt — stirbt, soll mein Enkel Z die Erbschaft erhalten", dann reicht die Frist nicht über 30 Jahre hinaus. Der Tod des Y, also der Tod des Vaters des Nacherben kann nicht als Ereignis in der Person des Nacherben Z angesehen werden [26]). Voraussetzung ist aber weiterhin noch, daß derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt. Dem Leben darf auch hier das Erzeugtsein gleichgestellt werden, obwohl § 2109, Abs. 1, Nr. 1 dies nicht ausdrücklich sagt. Bei Eintritt des Erbfalles muß also der erste Vorerbe wenigstens erzeugt sein. Nicht notwendig ist, daß weitere Vorerben bereits leben oder erzeugt sind. Vor allem ist dies für den Nacherben nicht verlangt [27]). Damit wird erreicht, daß die Gebundenheit des Nach-

25) Vgl. Endemann Bd. 3, S. 170.

26) Ueber die Abgrenzung der „Ereignisse in der Person" gehen allerdings die Ansichten auseinander. Für eine möglichst weitgehende Auslegung sind Planck § 2109, Anm. 3 a; Staudinger § 2109, Anm. 3 a und jetzt auch Kipp § 91, III, 2; enger dagegen RGR-Komm. § 2109, Anm. 3 a.

27) Planck, Anm. 3 a zu § 2109.

lasses in diesen Ausnahmefällen über 30 Jahre hinausgehen kann; die Gebundenheit des Nachlasses kann aber doch nie die Dauer eines Menschenlebens überschreiten. Sie kann von der Geburt bzw. von der Zeugung eines Menschen bis zu seinem Tode reichen. So kann eine Bindung vielleicht auf 80 Jahre möglich sein, aber der Testator weiß nie, wie lange die Vorerbschaft dauert. Es kann für ihn in manchem Fall eine Frist von 30 Jahren besser sein, die doch sicher festgesetzt werden kann, während ein auf Lebenszeit eingesetzter Vorerbe vielleicht schon jung wieder sterben kann. Natürlich kommt es ganz auf die Absicht an, die der Erblasser damit verbindet, ob er z. B. die Nacherben nur kurz ausschließen oder die Erbschaft möglichst lange dem Vorerben zugute kommen lassen will. Diese Regelung gilt jedoch nur für natürliche Personen. Bei juristischen Personen bleibt es bei der allgemeinen Regel; ist also der Vorerbe oder der Nacherbe, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, dann wird die Nacherbeinsetzung unwirksam, wenn der Fall der Nacherbfolge nicht innerhalb von 30 Jahren nach dem Tode des Erblassers eintritt (§ 2109, Abs. 2 BGB).

Aus familienrechtlichen Gründen ist eine weitere Ausnahme von der Regel des § 2109 BGB geschaffen worden. Damit nicht einzelne Geschwister zugunsten anderer von der Erbfolge ausgeschlossen werden, sondern damit auch die nachgeborenen die gleichen Rechtsvorteile wie die früher geborenen Geschwister haben, ist die Nacherbeinsetzung ohne zeitliche Schranken auch dann wirksam, wenn dem Vorerben oder dem Nacherben für den Fall, daß ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, dieser Bruder oder diese Schwester als Nacherbe bestimmt wird (§ 2109, Abs. 1, Nr. 2 BGB). Testiert also z. B. der Erblasser: „Mein Erbe soll meine Ehefrau X sein; falls sie wieder heiratet, sollen die Kinder meines Bruders Y meine Erben sein", so sind die bei der Wiederverheiratung der Ehefrau X vorhandenen Kinder des Bruders Y die Nacherben der Ehefrau X, die beim Eintritt der Nacherbfolge noch nicht erzeugten, aber später noch geborenen Kinder des Y die Nacherben ihrer vorgeborenen Geschwister. Die nachgeborenen Kinder des Y können nicht als Nacherben der X in Frage kommen, weil sie dann bei der Wiederverheiratung der Ehefrau X bereits erzeugt sein müßten (§ 2108, Abs. 1 BGB).

Wenn also der Erblasser alle Kinder seines Bruders Y bedenken will, dann kann sein Wille nur so aufgefaßt werden, daß die nachgeborenen Kinder zu entsprechendem Teil als Nacherben ihrer zur Zeit des Eintritts des Nacherbfalls bereits geborenen bzw. gezeugten Geschwister als eingesetzt gelten sollen (dies entspricht der Bestimmung des § 2101, Abs. 1 BGB). Werden also dem Bruder Y des Erblassers in obigem Beispiel noch weitere Kinder geboren, dann erhalten sie bei ihrer Geburt einen verhältnismäßigen Teil, dabei ist es unerheblich, wann sie geboren werden [28]). Auch hierin liegt eine zeitliche Schranke, welche ein Menschenleben beträgt, denn die Geburt weiterer Geschwister kann nur möglich sein, solange die Eltern der eingesetzten Kinder leben [29]). Der Erblasser weiß auch bei dieser Möglichkeit, den Nachlaß über den Tod hinaus rechtlich zu binden, nicht, wie lange ihm damit eine rechtliche Bindung gelingt. Er wird von dieser Möglichkeit nur in besonderen Ausnahmefällen Gebrauch machen.

Die vorstehenden Ausführungen über die gesetzliche Ausgestaltung der Nacherbfolge, über die Beschränkung des Vorerben und über die Rechte des Nacherben, sowie über die zeitlichen Schranken dieses Instituts zeigen die Möglichkeiten, die der Erblasser hat, um durch Anordnung einer Nacherbfolge seinen Nachlaß zu binden. Sie zeigen aber auch die Schranken, die dem Erblasser dabei gesetzt sind. Er hat die Möglichkeit, den Nachlaß in seiner wesentlichen Substanz über die Person des Vorerben hinaus zu erhalten. Diese Möglichkeiten bieten ihm besonders die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen, denen der Vorerbe unterworfen ist, wie auch die Schranken seiner Verwaltung. Auch soweit es sich nicht um Verfügungsbeschränkungen mit dinglicher Wirkung handelt, bieten die dem Vorerben gesetzten Schranken und die dem Nacherben bei ordnungswidriger Verwaltung zustehenden Befugnisse für die Regel einen hinreichenden Schutz und vermögen die Rechte des Nacherben zu gewährleisten und damit auch den Willen des Erblassers zu sichern. Dabei ist dem Erblasser ein gewisser Spielraum gelassen. Er kann den Vorerben weithin von den diesem auferr-

28) Vgl. Salinger a. a. O. S. 155.

29) Vgl. Frommhold S. 141, Anm. 3b zu § 2109; Hachenburg S. 30 ff.; Endemann Bd. 3, § 39, Anm. 15; Planck Anm. 3 zu § 2109.

legten gesetzlichen Beschränkungen befreien und kann so auch bestimmte Nachlaßgegenstände binden oder von jeder Bindung freistellen. Allerdings völlig frei ist hierin der Erblasser nicht. Sein Bestimmungsrecht findet eine Schranke in der Bestimmung des § 2136 BGB. Andererseits kann aber der Erblasser — von Testamentsvollstreckung, Teilungsanordnung u. a. zunächst abgesehen — den Vorerben nicht über das im Gesetz vorgesehene Maß hinaus beschränken, ihm also praktisch trotz seiner Erbenstellung die Herrschaft über den Nachlaß nicht nehmen. Ebenso ist dem Erblasser für die zeitliche Bindung eine nicht zu übersteigende Schranke gesetzt, eine Schranke, die im Interesse des Verkehrs notwendig erscheint. Bis zur völligen Ausschöpfung der vom Gesetz gegebenen Zeitschranke ist es dem Erblasser aber unbenommen, die zeitliche Bindung des Nachlasses in den verschiedenen Händen seiner Nachfolger nach seinem Willen zu bestimmen.

§ 5. Nachvermächtnis.

Der Nacherbfolge in gewisser Beziehung ähnlich ist das Nachvermächtnis. Entstanden aus dem römischen Recht, insbesondere der fideikommissarischen Substitution [1]), wurde es in der gemeinrechtlichen Theorie auch als sukzessives Vermächtnis und erst im E. I im Anschluß an die Nacherbeinsetzung als Nachvermächtnis [2]) bezeichnet. In den Motiven [3]) wird ausgeführt, daß das Institut einem praktischen Bedürfnis entspreche, daß es aber andererseits nicht möglich sei, eine dem preußischen ALR. entsprechende Regelung zu treffen, und auf die Vorschriften über die Nacherbfolge zu verweisen, nachdem der Entwurf das Vindikationslegat nicht aufgenommen habe. So entschied man sich entsprechend der grundsätzlichen Regelung des Vermächtnisses zur Ausgestaltung des Nachvermächtnisses als rein obligatorischen Anspruchs. Trotzdem hielt man es für erforderlich, auch hier im volkswirtschaftlichen Interesse der Bindung durch den Erblasser

1) Siehe oben S. 13.
2) Siehe Mot. V, S. 208.
3) Mot. V, S. 208/209.

zeitliche Schranken zu setzen. Die Motive[4]) führen aus, daß auch die nur obligatorische Bindung jedenfalls für den Gewissenhaften materiell in ähnlicher Weise wirke, wie die dingliche Bindung und daß der Hinweis auf die fehlende Beschränkung bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nicht entscheidend sei, da der Umfang solcher Geschäfte von selbst begrenzter sei als der Umfang der möglichen Wirkungen einer letztwilligen Verfügung, durch welche ja auch Zuwendungen an zur Zeit des ersten Erbfalls noch nicht geborene oder empfangene Personen erfolgen könnten. Die notwendige Begrenzung erreichte der E. I dadurch, daß er im § 1869 ganz allgemein für Vermächtnisse, die nicht mit dem Erbfalle dem Bedachten anfallen sollten, die zeitliche Grenze von 30 Jahren schuf[5]). In der II. Kommission wurde im wesentlichen diese Stellungnahme gebilligt[6]), jedoch wurde entsprechend der Regelung bei der Nacherbfolge[7]) der § 1869 E. I[8]) dahin geändert, daß die zeitliche Grenze in gewissen Sonderfällen[9]) entfiel. Entsprechend den Vorschlägen der II. Kommission hat das BGB das Nachvermächtnis in dem § 2191 und die zeitliche Bindung in §§ 2162, 2163 BGB geregelt.

Danach kann der Erblasser ein Vermächtnis derart anordnen, daß der vermachte Gegenstand dem Bedachten erst nach einem andern Vermächtnisnehmer zukommen soll. Als beschwert gilt der erste Vermächtnisnehmer[10]). Wenn § 2191 Abs. 2 noch gewisse Vorschriften der Nacherbschaft für entsprechend anwendbar erklärt, so darum, weil allerdings, wie schon eingangs bemerkt, eine gewisse Aehnlichkeit zwischen Nacherbfolge und Nachvermächtnis besteht. Indessen ist diese Verwandtschaft im Grunde genommen nur eine äußerliche. Der grundlegende Unterschied zwischen Nacherbfolge und Nachvermächtnis ist insbesondere der, daß das Nachvermächtnis keinen Uebergang des vermachten Gegenstands

4) Mot. V, S. 209.

5) Vgl. dazu Mot. V, S. 182/183.

6) Prot. V, S. 237.

7) Siehe oben S. 28.

8) Jetzt § 2162/2163 BGB.

9) Siehe unten bei der Behandlung des geltenden Rechts.

10) Mit dieser Regelung sollte ausdrücklich klargestellt werden, daß es sich nicht etwa um ein den Erben beschwerendes zweites Vermächtnis handelt; siehe Mot. V, S. 209.

kraft Gesetzes bewirkt, sondern nur den schuldrechtlichen Anspruch des § 2174 BGB erzeugt. Der Vorvermächtnisnehmer ist auch nicht wie der Vorerbe in der Verfügung über den Gegenstand des Vermächtnisses dinglich beschränkt, kann also wirksam über den vermachten Gegenstand verfügen. Für die Zeit zwischen dem Erbfall und dem Anfall des Nachvermächtnisses finden vielmehr nach der hier anzuwenden Bestimmung des § 2179 BGB die Vorschriften Anwendung, die nach den §§ 159 bis 163 BGB für den Fall gelten, daß eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird. Das Recht des Nachvermächtnisnehmers wird also wie ein bedingter obligatorischer Anspruch geschützt. Der Vorvermächtnisnehmer hat darnach [11]) alles zu unterlassen, was die spätere Erfüllung des Nachvermächtnisses vereiteln könnte; durch Zuwiderhandlung macht er sich schadensersatzpflichtig. Gegegebenenfalls stehen dem Nachvermächtnisnehmer auch die allgemeinen Sicherungsmittel des Arrests und der einstweiligen Verfügung zu Gebote, niemals aber ist der Vorbedachte entsprechend dem nicht anwendbaren § 2128 BGB kraft bürgerlichen Rechtes zur Sicherheitsleistung verpflichtet [12]) [13]).

Mit dem Zeitpunkt des Anfalls des Nachvermächtnisses, für den die Vorschriften der §§ 2074, 2160, 2177 BGB gelten, endigt die Berechtigung des Vorvermächtnisnehmers. Der Nachvermächtnisnehmer tritt nunmehr als alleiniger Vermächtnisnehmer in die Stellung des Vermächtnisnehmers ein, ihm steht ein entsprechendes Forderungsrecht gegenüber dem Vorbedachten zu, in der Regel ein Anspruch auf Uebereignung des vermachten Gegenstands.

Die bisherigen Ausführungen ergeben für die in dieser Arbeit zu untersuchenden Fragen, daß im Gegensatz zum Vorerben der Vorvermächtnisnehmer in seiner Verfügungsfähigkeit über den Gegenstand des Vermächtnisses in keiner Weise beschränkt ist, wie sich das auch zwangsläufig aus der Natur des Vermächtnisses und damit auch Nachvermächtnisses als eines rein obligatorischen Anspruchs ergibt. Die Anwartschaft des Nach-

11) Vgl. § 160 BGB.

12) Siehe RG.Warn. 1910, Nr. 157; RGR-Komm. Bem. 2 zu § 2191 BGB.

13) Ueber die Frage der Sicherung des Rechts des Nachvermächtnisnehmers im Grundbuch durch Vormerkung vgl. Rost., Württ. Z. 51, S. 164 ff.

vermächtnisnehmers ist also im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht und der Regelung im ALR.[14]) nicht unmittelbar gesichert; insbesondere ist auch ein gesetzliches Veräußerungsverbot zugunsten des Nachvermächtnisnehmers ebenso abgelehnt worden, wie ein dem Erben zugunsten des Vorvermächtnisnehmers aufzuerlegendes Veräußerungsverbot. Dies mit Rücksicht darauf, daß ein solches Veräußerungsverbot bedenkliche Störungen des Verkehrs notwendig zur Folge haben und daß seine rechtliche Ausgestaltung ziemlich verwickelt werden würde[15]). So fehlen im Gegensatz zum reichlich gesicherten Nacherben dem Nachvermächtnisnehmer besondere Schutzmittel zur Sicherung seines Anspruchs. Ihm stehen bestenfalls die allgemeinen prozeß- und konkursrechtlichen Möglichkeiten zur Sicherung obligatorischer Ansprüche zur Verfügung und letztlich ist er weithin auf reine Schadensersatzansprüche angewiesen[16]).

Sind so die umfänglichen Bindungen, denen der vermachte Gegenstand unterliegt, weitgehend von der Gewissenhaftigkeit und Pflichterfüllung des Vorvermächtnisnehmers abhängig, so sind andererseits auch beim Nachvermächtnis der zeitlichen Bindung durch den Erblasser gesetzliche Schranken gezogen. Sie beruhen auf den gleichen Gründen wie bei der Nacherbfolge. Die Frist beträgt auch hier grundsätzlich 30 Jahre (§ 2162 BGB). Aber auch hier sind Ausnahmen zulässig. Mehr als 30 Jahre kann die Frist betragen, wenn in der Person des zur Zeit des Erbfalls lebenden Beschwerten oder Bedachten ein Ereignis eintreten soll (§ 2163, Abs. 1, Nr. 1 BGB). Z. B. der Erblasser vermacht seinem Dienstmädchen eine Zimmereinrichtung. Nach dem Tod des Dienstmädchens soll diese Zimmereinrichtung der Tochter seines Gärtners vermacht sein. Stirbt nun das Dienstmädchen erst 40 Jahre nach dem Tode des Erblassers, dann ist das Nachvermächtnis trotzdem noch wirksam.

Eine weitere Ausnahme ist zulässig (§ 2162, Abs. 2 BGB). Soll der Gegenstand einem anderen nachvermacht werden, dann muß der Nachvermächtnisnehmer wenigstens 30 Jahre nach Eintritt

14) ALR. I, 12, 466.

15) Mot. V, S. 136.

16) Von dem Schutz des Nachvermächtnisnehmers durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers wird hier zunächst abgesehen.

des Erbfalls gezeugt werden. Ist jedoch dem Bedachten für den Fall, daß ihm noch ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, diese zum Nachvermächtnisnehmer gesetzt, dann bleibt diese Bestimmung auch noch wirksam, wenn über 30 Jahre zwischen dem Erbfall und der Erzeugung der betreffenden Person liegen. Eines der Geschwister muß aber innerhalb von 30 Jahren nach dem Erbfall geboren bzw. gezeugt sein. Aber auch dieser Fall (§ 2163, Abs. 1, Nr. 2 BGB) ist begrenzt auf die Lebensdauer eines Menschen. Auch hier gelten wieder wie bei der Nacherbfolge Unterschiede für juristische Personen. Da bei juristischen Personen die Dauer eines Menschenlebens nicht berücksichtigt werden kann, bleibt es bei der Frist von 30 Jahren, wenn der Bedachte oder Beschwerte, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, eine juristische Person ist (§ 2163, Abs. 2 BGB).

Für die Frage der Bindung des Nachlasses durch Nachvermächtnis ergibt sich sonach folgendes: Die zeitlichen Schranken, die dem Erblasser gesetzt sind, sind die gleichen wie bei der Nacherbfolge. Das dort Gesagte gilt darum auch hier. Für die umfängliche Bindung einzelner Nachlaßgegenstände erweist sich dagegen das Nachvermächtnis allein als wenig geeignetes Mittel.

Trifft der Erblasser nicht weitere Anordnungen, die eine solche Bindung ermöglichen — über sie wird noch zu sprechen sein —, dann liegt die Gewähr für die Durchführung seines Willens lediglich in der Person und in der Pflichttreue des Vorbedachten. Irgendwelche andere Sicherungen sind ihm beim Nachvermächtnis allein nicht gegeben. So mag das Nachvermächtnis zwar notwendig sein, wenn der Erblasser beabsichtigt, einzelne Gegenstände seines Nachlasses auf längere Zeit zu binden; eine Gewähr dafür, daß seine Absicht auch in der ferneren Zukunft verwirklicht wird, hat der Erblasser aber nur, wenn er das Nachvermächtnis mit anderen Anordnungen verbindet.

§ 6. Auflage.

Als weiteres Mittel, um den Nachlaß in gewisser Weise zu binden, kommt die Auflage in Betracht. Nach der Begriffsbestimmung des § 1940 BGB ist die Auflage eine Anordnung von

Todeswegen, durch die dem Erblasser oder einem Vermächtnisnehmer die Verpflichtung auferlegt wird, zu einem bestimmten Zweck etwas zu tun oder zu unterlassen [1]), ohne daß ein anderer das Recht hat, die Leistung für sich zu verlangen [2]).

Aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich zunächst einmal der klare Unterschied zwischen Auflage und Vermächtnis. Das Vermächtnis gibt dem Bedachten ein wenn auch nur obligatorisches Recht auf die Leistung, die Auflage dagegen verpflichtet lediglich den Beschwerten zu einer Leistung, ohne dem Auflageempfänger ein Forderungsrecht zu gewähren.

Wenn also der etwaige Auflageempfänger keinen Leistungsanspruch hat, so gibt doch das Gesetz gewisse Mittel, um die Durchführung der Auflage zu gewährleisten. Es bestimmt nämlich in § 2194 BGB, daß der Erbe, der Miterbe des beschwerten Erben und derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Vollziehung der Auflage ebenso verlangen kann, wie endlich die nach Landesrecht zuständige Behörde. Letzterenfalls soweit die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt.

Erscheinen die gesetzlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung der Auflage dem Erblasser nicht ausreichend, dann kann er sie dadurch verstärken, daß er die Nichterfüllung der Auflage zur auflösenden Bedingung für die mit der Auflage belastete Zuwen-

---

1) So RG. i. Recht 1913, 1613.

2) Lediglich hiezu bedürfen die landesrechtlichen Kodifikationen der Erwähnung. Sie kennen alle die Auflage, unterwarfen sie ebensowenig wie das BGB zeitlichen Beschränkungen, gestalteten aber die Erzwingbarkeit verschieden aus. Das ALR. gab einen Anspruch auf Erfüllung dem eingesetzten Erben und hinter ihm dem gesetzlichen Erben. Es sprach auch dem mit der Auflage Beschwerten den zugedachten Vorteil ab, wenn die Erfüllung der Auflage durch sein Verschulden unmöglich wurde; ALR. I, 12, §§ 508—10. Das ABGB hat die Sorge für die Vollziehung der Auflage dem in Nachlaßsachen tätigen Abhandlungsgericht übertragen, dadurch eine starke Gewähr für die Erfüllung geschaffen und ebenfalls bestimmt, daß Erben oder Vermächtnisnehmer die gemachte Zuwendung verwirken, wenn die Vollziehung der Auflage durch ihre Schuld unmöglich geworden ist; ABGB §§ 817, 819; §§ 709, 710; Unger § 18. Eine andere erwähnenswerte Regelung hat das sächs. Gesetzbuch getroffen, indem es dem Auflageempfänger den Anspruch auf Sicherheitsleistung sowie den unmittelbaren Anspruch auf Erfüllung und Fristsetzung nach richterlichem Ermessen gibt; sächs. Gesetzbuch §§ 2151, 2152.

dung macht [3]). Zutreffend führt Kipp weiter aus [4]), daß auf diese Weise der Erblasser besonders auch ein Veräußerungsverbot — und ein Veräußerungsverbot ist in der Form einer Auflage durchaus möglich, wenn auch wegen seiner rein obligatorischen Wirkung praktisch nahezu wertlos [5]) — verstärken kann, indem er den Versuch der Veräußerung zur auflösenden Bedingung für das Recht des Beschwerten erhebt.

Im Gegensatz zur Nacherbfolge und zum Nachvermächtnis ist die Auflage an keinerlei Zeitgrenze gebunden. Eine zeitliche Beschränkung findet sich auch in keinem der früheren Rechte. Wenn in § 2192 BGB die Bestimmung des § 2181 BGB entsprechend anwendbar erklärt ist, wenn also für den Fall, daß die Zeit der Erfüllung der Auflage dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist, die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig ist, so bedeutet dies weniger eine zeitliche Schranke, als eine Auslegungsvorschrift zur Ergänzung des lückenhaften Willens des Erblassers [6]).

Diese Frage, ob auch der Auflage zeitliche Schranken zu setzen seien, wurde allerdings bei der Schaffung des BGB stark erwogen. Zwar sah der E. I keinerlei Schranken vor, wie sich auch in den Motiven [7]) über diese Frage nichts findet, mit der einzigen Ausnahme, daß die Motive die Anordnung von Auflagen durch Erbvertrag im Gegensatz zum jetzigen § 1941 BGB nicht zulassen wollten, und zwar mit aus dem Grunde, weil der Entwurf die Auferlegung von Auflagen ohne jegliche Schranke zuließ [8]). Bald kamen indessen Vorschläge, für die Auflage ebenso wie bei der Nacherbfolge und dem Nachvermächtnis, die zeitliche Schranke von 30 Jahren einzuführen [9]). In der zweiten Kommission wurde dementsprechend auch beantragt, den § 1869 E. I (heute § 2162 BGB) für entsprechend anwendbar zu erklären, also eine Zeitschranke von regelmäßig 30 Jahren festzusetzen, wobei ein weiterer An-

3) So mit Recht Kipp § 114, Bem. VI; siehe auch Staudinger § 2192, I und Bem. I zu §§ 2074, 2075 BGB
4) A. a. O. § 114, VI.
5) Siehe Staudinger Vorbem. I zu §§ 2192 ff.
6) Berthold, Diss. § 8, V.
7) Mot. V, S. 211 ff.
8) Mot. V, S. 335/336.
9) Vgl. Gutachten Bd. VI, S. 657.

trag die Einschränkung machte, daß bei Auflagen in Gestalt wiederkehrender Leistungen es genügen sollte, wenn nur eine der Leistungen innerhalb der Frist zu bewirken sei und die weiteren Leistungen jeweils nicht weiter als 30 Jahre auseinanderliegen [10]). Die Anträge wurden damit begründet, daß es ebenso wie beim Vermächtnis auch bei der Auflage notwendig sei, der Bindung des Vermögens gewisse zeitliche Schranken zu setzen, daß andernfalls auch die Bestimmung von Testamentsvollstreckern auf unbestimmte Zeit und damit die Schaffung von Stiftungen ohne staatliche Genehmigung möglich sei, und auch zeitlich unbeschränkte Veräußerungsverbote zulässig sein würden. Weiterhin wurde darauf hingewiesen, daß es schon der formalen Konsequenz entsprechen würde, die für die Nacherbfolge und das Nachvermächtnis festgesetzten zeitlichen Beschränkungen auch hinsichtlich der Auflage anzuordnen. Die Anträge verfielen indessen der Ablehnung, da die Kommission für die zweite Lesung ein hinreichendes Bedürfnis für eine solche Beschränkung nicht anerkannte. Geltend gemacht wurde dabei, es werde nur selten vorkommen, daß ein Erblasser Auflagen anordne, die erst nach einem Menschenalter Bedeutung gewinnen. Wenn aber Zuwendungen in der Weise gemacht würden, daß eine Verwendung der Gelder erst nach längerer Zeit, insbesondere nach Ansammlung entsprechender Zinsen stattfinden solle, so werde diese Anordnung insoweit ja sofort wirksam, als die Verwaltung des Kapitals alsbald zu beginnen habe. Bei unzweckmäßigen und in ihrer Wirkung zu weit hinausgeschobenen Auflagen würden zudem die Bedachten, insbesondere Gemeinden, Universitäten usw. die Zuwendung ablehnen und so die Auflage gegenstandslos machen. Eine zeitliche Beschränkung könne andererseits gerade bei der Auflage zu bedenklichen Eingriffen in berechtigte Interessen führen und zwar bei Zuwendungen mit der Auflage, daraus regelmäßig wiederkehrende Leistungen, wie Erhaltung und Ausschmückung einer Grabstätte, Universitätsstipendien, Unterstützungen usw. zu bestreiten. Der Einwand, bei auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen gerichteten Auflagen handle es sich um ein einheitliches Rechtsverhältnis, derart, daß die Auflage als Ganzes wirksam werde, sei nicht einwandfrei und es sei jedenfalls nicht aus-

10) Prot. V, S. 340 f.

geschlossen, daß bei Einführung einer Zeitschranke eben doch Auflagen nicht zur Ausführung gelangen würden, welche man als durchaus vernünftig und zweckmäßig anerkennen müsse. Der Hinweis, daß sich die für die verwaltende Testamentsvollstrekkung gezogene zeitliche Schranke durch die Anordnung einer Auflage umgehen lasse, wurde mit der Erwägung abgetan, diese Gefahr sei angesichts der lediglich obligatorischen Wirkung der Auflage nicht hoch anzuschlagen, ein Bedürfnis für eine zeitlich unbeschränkte Zulassung lasse sich auch nicht bestreiten; hiefür aber besondere Ausnahmen zu schaffen, sei gefährlich, da man die einer Ausnahmestellung bedürftigen Fälle nicht übersehen könne [11]).

Ob alle diese Erwägungen, die in der zweiten Kommission zur Ablehnung einer Zeitschranke führten, wirklich durchschlagend sind, ist mindestens zweifelhaft. Auf alle Fälle wäre es, worauf schon Kipp im Jahre 1899 hingewiesen hat [12]), ein Gebot der Folgerichtigkeit gewesen, die zeitliche Schranke auch bei der Auflage einzuführen, dies auch dann, wenn wirklich Auflagen, die erst nach Ablauf eines Menschenalters Bedeutung gewinnen, in der Praxis selten sein sollten. Gegenüber einem Teil der in der Kommission angestellten Erwägungen ist jedenfalls das eine zu sagen, was Knöpfel [13]) mit Recht hervorhebt, daß die Frage, wann die Verwaltung beginne oder wann erstmals die Auflage wirksam werde, nicht entscheidend ist, daß vielmehr die Dauer der Gebundenheit maßgebend sein muß. Diese Dauer ist aber bei der von der Kommission getroffenen und Gesetz gewordenen Regelung unbeschränkt. Richtig ist allerdings das eine [14]), daß bei durch Auflage beschwerten natürlichen Personen sich für die Regel eine zeitliche Schranke durch den Tod des Beschwerten oder bei der Belastung von Vorerben und Vermächtnisnehmern durch die diesen Instituten gesetzte Zeitschranke ergibt. Dagegen besteht die Möglichkeit der Daueraufiagen zu Lasten juristischer Personen. Auch hier mag es richtig sein, daß bei der Großzahl der Fälle, nämlich bei der Beschwerung von juristischen Personen des

11) Prot. V, S. 308.

12) Kipp, Prorektoratsrede S. 8 und Anm. 27.

13) A. a. O. S. 54, Anm. 1.

14) Vgl. dazu Knöpfel S. 55/56.

öffentlichen Rechts, die Gefahren nicht sonderlich groß sein mögen [15]). Zweifel bleiben indessen bestehen und immer ist daran festzuhalten, daß eben die so geschaffene Möglichkeit einer unbeschränkten Dauerbindung grundsätzlich der sonstigen aus wohl erwogenen Gründen getroffenen Regelung widerspricht. Mit Recht weist Kipp [16]) darauf hin, daß, wenn die Tendenz der zweiten Kommission dahin ging, Verfügungen mit Stiftungscharakter ohne Zeitgrenze zuzulassen, das dafür gewählte Mittel der Auflage schon infolge seiner Inkonsequenz nicht zweckmäßig ist und daß es richtiger gewesen wäre, den Rechtscharakter der Stiftung aufrecht zu erhalten und letztwillige Stiftungen eben als eigenartige letztwillige Verfügungen auszugestalten.

So zeigt sich für gewisse Fälle die Möglichkeit, die Auflage Dauerbindungen dienstbar zu machen und auf dem Wege über die Auflage bei Geschäften stiftungsähnlichen Charakters, die für Stiftungen erforderliche staatliche Genehmigung zu umgehen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß auch die Auflage — jedenfalls für sich allein — kein sonderlich geeignetes Mittel zur Sicherung und Bindung des Nachlasses über den Tod des Erblassers hinaus ist. Wie beim Vermächtnis, besteht lediglich eine obligatorische Bindung des Beschwerten, wie dort muß sich der Erblasser weithin auf das Pflichtgefühl des Beschwerten verlassen können. Im Gegensatz zum Vermächtnis ist zudem der Auflageempfänger, der ja wohl immer das größte Interesse an der Vollziehung der Auflage haben wird, nicht berechtigt, die Vollziehung zu fordern; immerhin fehlt jedoch nicht angesichts der Erzwingbarkeit der Auflage durch Dritte jegliche Bindung. Im Gegensatz zur Nacherbeinsetzung und Nachvermächtnis hat aber jedenfalls die Auflage den Vorteil, daß ihre spätere Vollziehung an keinerlei Zeitschranken gebunden ist, daß sie also geradezu Dauerbindungen, die sonst als unerwünscht angesehen werden, ermöglicht.

Ueber die gesetzlichen Bestimmungen hinaus kann ja auch der Erblasser die Bindung noch verstärken, sei es, daß er den Verbleib der Zuwendung von der Vollziehung der Auflage abhängig macht, sei es dadurch, daß er die Anordnung der Auflage mit der

15) Vgl. Knöpfel S. 55.
16) Prorektoratsrede S. 24/25, Anm. 27.

Anordnung einer Testamentsvollstreckung verbindet [17]). So kann auch die Anordnung einer Auflage dem Erblasser die Möglichkeit geben, das Schicksal seines Nachlasses noch weit über seinen Tod hinaus zu lenken, mag auch gerade die Rechtsform der Auflage in der Regel für solche Fälle zweckmäßig sein, in denen der Erblasser, wie beispielsweise bei Zwecken der Wohltätigkeit zwar den Zweck der Auflage bestimmt, die Bestimmung der Person oder die Bestimmung der Leistung indessen dem Beschwerten oder einem Dritten aus bestimmten Gründen überlassen will oder überlassen muß.

§ 7. Teilungsverbot.

Das in § 2044 BGB geregelte sog. Teilungsverbot gibt dem Erblasser die Befugnis, die Auseinandersetzung des Nachlasses auszuschließen oder einzuschränken. Auch dieses Institut hatte bereits seine Vorläufer in einigen früheren Rechten. Grundsätzlich waren zwar nach römischem wie nach gemeinem Recht Miterben zur Teilung verpflichtet. Diese Verpflichtung konnte durch Verbot des Erblassers wohl nicht aufgehoben, jedoch konnte ihre Erfüllung hinausgeschoben werden [1]).

So bestimmt auch das BGB grundsätzlich in § 2042 BGB, daß jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung verlangen kann, gibt aber dann in § 2044 BGB dem Erblasser die Möglichkeit, durch letztwillige Verfügung [2]) die Auseinandersetzung bezüglich der ganzen Erbschaft oder bezüglich einzelner Nachlaßgegenstände auszuschließen oder von der Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig zu machen oder sie schließlich sonst von besonderen Voraussetzungen, z. B. einem Mehrheitsbeschluß der Erben, abhängig zu machen [3]). Streitig ist, ob eine solche Anordnung regelmäßig eine Auflage enthält oder in gewissen Fällen etwa die Natur eines Nachvermächtnisses hat [4]). Mit dem Kommentar der

17) Darauf wird später bei der Testamentsvollstreckung einzugehen sein.

1) Hinsichtlich der Geschichte im einzelnen vgl. Knöpfel S. 41 f.

2) Nicht aber durch vertragsmäßige Verfügung von Todeswegen, so Staudinger Bem. 1 zu § 2044; Kipp a. a. O. § 84, IV; anderer Ansicht RGR-Komm. Bem. 1 zu § 2044.

3) Siehe Kipp § 84, IV; RGZ. 110, 270 ff.

4) Vgl. dazu RGR-Komm. § 2044, 1.

RGR. und mit Kipp[5]) ist davon auszugehen, daß im Einzelfall der Sinn der Anordnung durch Auslegung zu ermitteln ist. Soll nach dem zu ermittelnden Willen des Erblassers das Teilungsverbot nur den Sinn haben, daß kein Miterbe gegen den Willen der anderen Miterben die Auseinandersetzung verlangen kann, daß die Auseinandersetzung dagegen zulässig sein soll, wenn alle Miterben sie verlangen, dann kennzeichnet sich die Anordnung eher als ein Vermächtnis; ist dagegen nach dem Willen des Erblassers das Teilungsverbot dahin auszulegen,. und das wird die Regel sein, daß die Auseinandersetzung unabhängig von einem etwa übereinstimmenden Willen aller Miterben unzulässig sein soll, dann hat die Anordnung den Charakter einer Auflage zu Lasten sämtlicher Erben. Indessen kann auch in diesem Falle das Teilungsverbot lediglich schuldrechtliche Wirkung haben[6]). Die beim übereinstimmenden Willen der Erben entgegen dem Teilungsverbot vorgenommene Auseinandersetzung wird in ihrer dinglichen Wirksamkeit hinsichtlich der Zuteilung der einzelnen Nachlaßgegenstände nicht beeinträchtigt[7]).

Da § 2044 BGB die Vorschriften der §§ 749 ff. über die Gemeinschaft für entsprechend anwendbar erklärt, kann weiterhin entgegen dem Teilungsverbot die Auseinandersetzung verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[8]). Hat der Erblasser die Auseinandersetzung auf Zeit ausgeschlossen, so tritt im Zweifel die Verfügung mit dem Tode eines Miterben außer Kraft. Schließlich kann auch ein Gläubiger eines Miterben, wenn er dessen Anteil gepfändet hat, ohne Rücksicht auf das Teilungsverbot die Auseinandersetzung auf Grund eines rechtskräftigen Titels verlangen.

Die zeitliche Wirksamkeit eines Teilungsverbotes beschränkt das BGB entsprechend seinem allgemeinen Prinzip ähnlich wie

5) § 84, IV, 3.

6) Allerdings kann der Ausschluß der Auseinandersetzung hinsichtlich des Grundeigentums im Grundbuch eingetragen werden; vgl. § 2044 mit § 1010, Abs. 1.

7) Auch hier wie bei der Auflage allgemein kann der Erblasser allerdings seinem Willen stärkeren Nachdruck dadurch verleihen, daß er die Nichterfüllung des Teilungsverbotes zur auflösenden Bedingung für die Erbeneinsetzung macht; siehe dazu Kipp § 84, IV, 3 c und § 114, VI. Ebenso kann der Erblasser natürlich zur Sicherung seiner Anordnung einen Testamentsvollstrecker ernennen.

bei der Nacherbfolge und dem Nachvermächtnis. Grundsätzlich wird darum gemäß § 2044, Abs. 2 BGB die Verfügung nach Ablauf von 30 Jahren seit Eintritt des Erbfalls unwirksam; wie bei den andern Instituten sind aber auch hier Ausnahmen dahin gegeben, daß sich die dreißigjährige Frist verlängert, wenn der Erblasser die Dauer des Teilungsverbots vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses in der Person eines Miterben oder bei Anordnung einer Nacherbfolge oder eines Nachvermächtnisses vom Eintritt der Nacherbfolge oder des Vermächtnisses abhängig macht.

Handelt es sich jedoch um eine juristische Person, so bewendet es sich mit der 30jährigen Frist.

So kann der Erblasser auch durch ein Teilungsverbot den ganzen Nachlaß oder Teile seines Nachlasses in gewisser Weise binden. Zeitlich beschränkt ist er dabei durch die 30jährige Frist; eine dingliche Wirksamkeit[9]) seiner Anordnung kann er ebensowenig wie beim Nachvermächtnis und der Auflage erreichen; er ist auch hier im wesentlichen auf die Pflichttreue der Miterben angewiesen. Darüber hinaus kann angesichts der entsprechend anwendbaren Vorschriften der Gemeinschaft — auch bei grundsätzlicher Bereitschaft aller Miterben, die letztwillige Anordnung zu erfüllen — das Teilungsverbot aus anderen Gründen seine Wirksamkeit verlieren. Als ein besonderes geeignetes Mittel zur Bindung des Nachlasses kann daher die Anordnung gemäß § 2044 BGB — mindestens für sich allein — nicht erscheinen.

§ 8. Testamentsvollstreckung.

Das heutige Institut des Testamentsvollstreckers wurzelt im deutschen Recht. Zwar finden sich auch im späteren römischen Recht Einrichtungen, die der Testamentsvollstreckung einigermaßen ähneln, insofern als der Erblasser eine dritte Person damit beauftragen konnte, gewisse Verfügungen nach seinem Tode aus-

8) Als Beispiel nennt Staudinger § 2044, 2 a Vermögensverfall oder Verheiratung eines Miterben, Verfeindung der Miterben, im Zweifel auch Tod eines Miterben.

9) Mit Ausnahme von den in Anm. 6 erwähnten Fällen.

zuführen[1]). Indessen hat die heutige Testamentsvollstreckung ihre Grundlagen ausgesprochen im germanischen Recht. Als ältestes Beispiel eines Testamentsvollstreckers kann der Salmann der fränkischen Affatomie gelten. Dort war der Salmann der Treuhänder, dem in feierlicher Form im gebotenen Ding unter Benennung des gekürten Erben die Festuca überreicht wurde. Er zog sodann in das Haus des Erblassers, um den Erwerb der Gewere kenntlich zu machen und übergab schließlich binnen Jahresfrist wiederum in feierlicher Form vor dem König oder im echten Ding die Festuca dem gekürten Erben[2]). Entsprechend der Entwicklung der Vergabungen von Todeswegen wurde in der Folge der Salmann weitgehend in den Dienst des letzten Willens gestellt. Der Salmann wurde zum Treuhänder, der an Stelle des Schenkers, besonders wenn die Schenkung nach dessen Tod vollzogen werden sollte, die Uebergabe der Zuwendung vornahm. Mit dem Eindringen der Testamente, deren Inhalt sich allmählich über die reinen Zuwendungen hinaus erweiterte, erweiterten sich auch die Aufgaben der Salmannen[3]). Ihnen oblag die Verwertung und Verteilung des Nachlasses, wie überhaupt die Durchsetzung des im Testament ausgesprochenen letzten Willens, den sie gegebenenfalls auszulegen und gegen Erben und Dritte zu schützen hatten; weithin wurde ihnen auch die Vormundschaft über die Witwe und die hinterbliebenen Kinder übertragen. So spielten sie mehr und mehr im Mittelalter eine bedeutsame Rolle. Sie erhielten die ausschließliche Gewere an den Nachlaßgegenständen, wurden Rechtsnachfolger des Erblassers als dessen Erben zu treuer Hand[4]). Sie erlangten so zweckgebundenes aber freies Eigentum und konnten über die Nachlaßgegenstände wie über eigene Sachen, allerdings im Rahmen der Zweckgebundenheit verfügen. Ihre dadurch sehr freie und starke Stellung gegenüber den Erben wurde gegen Mißbrauch besonders dadurch geschützt, daß ihre Stellung als ein Amt angesehen wurde[4]). Sie hatten ein

1) Vgl. dazu und über die weitere Fortbildung der im römischen Recht vorhandenen Anfänge und im kanonischen Recht Knöpfel S. 29 ff., siehe auch Arnold S. 7—8 und Kummer S. 1 und 2.

2) Siehe dazu Hübner § 110, I, S. 780 ff.

3) Hübner § 113, S. 796 ff.

4) So Hübner § 113, S. 797/798. Die Stellung des Treuhänders und das

Inventar zu errichten, das Testament zu veröffentlichen, zum Teil auch Sicherheit zu leisten und waren obrigkeitlicher Aufsicht unterstellt.

Das so entwickelte Institut der Testamentsvollstreckung überdauerte allgemein die Rezeption des römischen Rechts und fand seinen gesetzgeberischen Niederschlag in so gut wie allen Kodifikationen [5]). Im gemeinen Recht war allerdings, wie sich die Motive zum ersten Entwurf ausdrücken [6]), die Lehre vom Testamentsvollstrecker ein „dunkles Institut". Eine Vielzahl von Theorien lag sich im Streit gegenüber und erst das BGB hat einigermaßen Klärung gebracht, wenn es sich auch für keine der verschiedenen Theorien entschied, diese Frage vielmehr der Wissenschaft überließ [7]).

Die Stellung und die Aufgaben des Testamentsvollstreckers regelt das BGB in den §§ 2197 ff. Grundsätzlich beruht die Stellung des Testamentsvollstreckers nur auf dem Willen des Erblassers, welcher gerade in der Anordnung einer Testamentsvollstreckung ein recht geeignetes Mittel zur Bindung seines Nach-

---

Wesen des ihm übertragenen Rechts ist allerdings recht streitig, siehe dazu Fr. Beyerle, die Treuhand, besonders S. 33 ff., der das Problem mit dem Begriff des kausalen Eigentums lösen will.

5) Zum Teil allerdings in recht dürftigen Ausgestaltungen. Das ALR. (I, 12, §§ 557—562) hat die Testamentsvollstreckung nur kärglich mit Normen ausgestaltet; der code civil (Art. 1025—1034), das ABGB (§ 816) und das sächs. Bürgerl. Gesetzbuch (§§ 2230—2245) haben dem Institut der Testamentsvollstrecker enge Grenzen gezogen. Nach dem ALR ist der Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigter des Erblassers anzusehen, der gemäß der letztwilligen Verfügung als seiner Instruktion zu handeln hat, wie weit aber im einzeln seine Machtbefugnisse gehen, gab zu vielen Zweifeln Anlaß. Nach dem sächs. Gesetzbuch hat der Testamentsvollstrecker für Aufrechterhaltung und Ausführung des letzten Willens des Erblassers und für Sicherung der Erbschaft zu sorgen, ist aber zur Verwaltung des Nachlasses nur berechtigt, wenn ihm diese ausdrücklich übertragen ist. Nach dem code civil ist dem Testamentsvollstreker jede Einwirkung auf dem Immobiliarnachlaß versagt, wogegen ihm die Verwaltung des Mobiliarnachlasses vom Erblasser übertragen werden kann. Im österr. Recht vollends bestand so gut wie überhaupt kein Bedürfnis für dieses Institut; siehe dazu Unger S. 125, Anm. 7: „Da nach österr. Recht das Gericht ohnehin als supremes testamenti executor einschreitet, so stellt sich die Ernennung eines besonderen Testamentsvollstreckers als ziemlich überflüssig heraus."

6) Motive V, S. 236.

7) Siehe dazu Arnold S. 8 ff.; Knöpfel S. 29 ff., zu den einzelnen Theorien auch Kummer S. 5 ff.

lasses hat. Diese Bindung ergibt sich, soweit der Erblasser keine Sonderbestimmungen trifft, schon aus den Aufgaben des Testamentsvollstreckers. Sie bestimmt das Gesetz zunächst in § 2203 BGB dahin, daß er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat. Er hat demgemäß bei einer Mehrheit von Erben die Auseinandersetzung des Nachlasses zu bewirken, sei es entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen, sei es gemäß besonderer Anordnungen des Erblassers oder endlich bei entsprechender Verfügung durch den Erblasser nach seinem billigen Ermessen[8]). Zur Durchführung dieser Aufgabe hat der Testamentsvollstrecker den Nachlaß zu verwalten. Er hat das Recht (und die Pflicht), den Nachlaß in Besitz zu nehmen und ist berechtigt, über die Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB). Dieses Verfügungsrecht benötigt er ja auch, um seiner Aufgabe gerecht zu werden, insbesondere um die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen und die Auseinandersetzung bewirken zu können. Die gesetzlichen Befugnisse des Testamentsvollstreckers kann der Erblasser nach seinem Willen sowohl einschränken[9]), wie erweitern (§ 2207 BGB), indessen nicht über die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten hinaus, es sei denn, es handelt sich um Befugnisse, die der Erblasser jedem Dritten gewähren kann[10]). Immerhin geben die gesetzlichen Möglichkeiten, worauf später noch näher einzugehen ist, und worauf auch Planck[11]) hinweist, dem Erblasser einen genügend weiten Spielraum für die Zuweisung von Aufgaben an einen Testamentsvollstrecker.

Durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers wird der Erbe weitgehend in seiner Stellung beschränkt. Er kann über Gegenstände, welche der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, in der Regel also über alle Nachlaßgegenstände, nicht

8) § 2204 BGB in Verbindung mit §§ 2042—2056, insbesondere § 2048 BGB

9) Geht allerdings die Einschränkung soweit, daß dem Testamentsvollstrecker geradezu alle gesetzlich vorgesehenen Befugnisse entzogen werden, dann liegt überhaupt keine Testamentsvollstreckung mehr vor, siehe KG. DJZ. 1913, Nr. 981.

10) Siehe dazu z. B. die Bestimmungen der §§ 2151—2156, wonach Dritten ein Bestimmungsrecht übertragen werden kann, ferner auch Kipp § 128 über Dritte als Schiedsrichter.

11) Bem. zu § 2208.

verfügen (§ 2211 BGB). Diese Beschränkung des Erben ist dinglicher Natur. Es handelt sich dabei nicht um ein Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB, vielmehr um eine grundsätzlich jedermann gegenüber wirksame Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben. Entgegenstehende Verfügungen des Erben sind unwirksam und können nur durch Zustimmung des Testamentsvollstreckers oder durch dessen Wegfall wirksam werden. Diese Beschränkung der Verfügungsmacht des Erben tritt nicht etwa erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Testamentsvollstrecker sein Amt antritt oder den Nachlaß in Besitz nimmt, sondern bereits mit dem Erbfall [12]).

Diese Wirkung des Verfügungsverbots des § 2211 BGB wird jedoch gegenüber Dritten durch § 2211, Abs. 2 BGB insoweit eingeschränkt, als die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf solche an sich unwirksame Verfügungen des Erben entsprechend anwendbar sind. Wer also gutgläubig, d. h. ohne daß er weiß, daß die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker zusteht, vom Erben bewegliche Sachen erwirbt, und diesen für verfügungsberechtigt hält, erlangt Eigentum gemäß § 932 ff. BGB. Die Vorschrift wird indessen dann wenig praktisch werden, wenn der Testamentsvollstrecker den Nachlaß in Besitz nimmt, da der Eigentumserwerb gemäß § 935 ausgeschlossen ist, wenn der Erbe dem Testamentsvollstrecker die Sache weggenommen hatte oder sie diesem sonstwie abhanden gekommen war. Entsprechend erwirbt der Erwerber eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück das Eigentum oder das Recht, wenn die Testamentsvollstreckung nicht im Grundbuch eingetragen ist und dem Erwerber das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers unbekannt ist (§ 892 BGB). Indessen ist die Testamentsvollstreckung als eine Verfügungsbeschränkung gemäß § 52 GBO. bei Eintragung des Erben von Amtswegen miteinzutragen.

Durch die Testamentsvollstreckung wird auch den Gläubigern des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, also den sogenannten Privatgläubigern, der Zugriff in die Nachlaßgegenstände insoweit verschlossen, als diese Gegenstände der Verwal-

12) So die nahezu einhellige Meinung, siehe Staudinger § 2211, 2; Planck § 2211, 3; RGR-Komm. § 2211, 1; Kipp § 120, I.

tung des Testamentsvollstreckers unterliegen. Wird also der ganze Nachlaß vom Testamentsvollstrecker verwaltet, so können etwaige Privatgläubiger der Erben überhaupt keine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß betreiben.

Besondere Bedeutung kommt hinsichtlich der Beschränkung des Erben und damit der Bindung des Nachlasses der sogenannten verwaltenden Testamentsvollstreckung zu. Hat der Testamentsvollstrecker lediglich die letztwilligen Anordnungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und die Auseinandersetzung zu bewirken, so findet seine Tätigkeit und damit auch die Beschränkung der Erben in ihrer eigenen Verfügungsbefugnis ihr natürliches Ende mit der Ausführung der Aufgaben, also mit der Durchführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers und der etwaigen Auseinandersetzung unter den Miterben. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers und damit die Bindung des Nachlasses hat also bei dieser sogenannten gewöhnlichen Testamentsvollstreckung seine natürlichen zeitlichen Grenzen. Das Gesetz hat daher für diese Art der Testamentsvollstreckung auch keinerlei besonderen zeitlichen Beschränkungen aufgestellt.

Anders dagegen bei der verwaltenden Testamentsvollstreckung. Sie liegt vor, wenn gemäß § 2209 BGB der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses als fortdauernde selbständige Aufgabe übertragen hat, sei es nach Erledigung der sonst dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben, sei es ohne solche Aufgaben von vornherein als Selbstzweck. Für diese verwaltende Testamentsvollstreckung hat aber das Gesetz in gleicher Weise und aus den gleichen Gründen, wie bei der Nacherbschaft und dem Nachvermächtnis in § 2210 BGB eine zeitliche Grenze gesetzt. Grundsätzlich wird auch hier eine Anordnung nach § 2209 BGB, also gerade die verwaltende Testamentsvollstreckung, unwirksam, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind. Auch hier kann jedoch — ausgenommen den Fall, daß Erben und der Testamentsvollstrecker juristische Personen sind — der Erblasser eine längere Dauer und damit eine längere Bindung durch eine Anordnung dahin erreichen, daß die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines andern Ereignisses in der Person des

einen oder des andern fortdauern soll. Der Erbe, bis zu dessen Tod die Verwaltung dauern oder in dessen Person das sonstige die Verwaltung beendigende Ereignis eintreten soll, kann dabei, wie Kipp[13]) zutreffend betont, auch ein Nacherbe sein. Auch in diesem Fall ist die Dauer der Verwaltung des Testamentsvollstreckers wegen der Bestimmung des § 2109 BGB nicht unabsehbar. Fraglich ist dagegen, inwieweit eine Verlängerung der 30-jährigen Frist durch eine Bestimmung dahin möglich ist, daß die Verwaltung bis zum Tode eines Nachfolgers des Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines Ereignisses in der Person dieses Nachfolgers dauern soll. Anders als bei der Nacherbfolge und dem Nachvermächtnis ist in § 2210 BGB nichts darüber bestimmt, daß die Befreiung von der 30jährigen Frist nur eintreten soll, wenn der Testamentsvollstrecker beim Tode des Erblassers bereits lebt. So könnte an sich, worauf Kipp[14]) hinweist, der Erblasser anordnen, daß der von ihm ernannte Testamentsvollstrecker gemäß § 2199, Abs. 2 BGB einen Nachfolger ernennen kann, dieser Nachfolger wieder einen weiteren und so fort, daß aber die Verwaltung erst beim Tode des dritten, vierten oder späteren Testamentsvollstreckers endigen soll. Mit Recht weist Kipp[15]) darauf hin, daß eine derartige Anordnung doch der vom Gesetz grundsätzlich gewollten zeitlichen Begrenzung zuwiderlaufen und auf eine Verewigung der Testamentsvollstreckung hinauskommen würde. Er will aber die Abstellung auf Tod oder besonderes Ereignis nicht schlechthin auf den ersten Testamentsvollstrecker beschränken, sondern nach dem Grundgedanken des § 2210 BGB die Einschränkung dahin treffen, daß die Verwaltung sich nur dann bis zum Tode eines (späteren) Testamentsvollstreckers erstrecken soll, wenn dieser Testamentsvollstrecker beim Tode des Erblassers bereits existiert. Wie Kipp, so geht auch der Kommentar der RGR[16]) grundsätzlich davon aus, daß eine Umgebung des Gesetzes auf diese Weise nicht unbeschränkt statthaft sein kann, er vertritt aber eine Einschränkung dahin, daß in solchen Fällen der betreffende Nachfolger

13) § 119, III, 2.
14) § 119, III, 2.
15) A. a. O.
16) Bem. 1 zu § 2210.

mindestens vor Ablauf von 30 Jahren ernannt sein muß. Für eine engere Auffassung entscheidet sich dagegen im Anschluß an Planck [17]) Knöpfel [18]). Er ist der Ansicht, daß durch die Ermächtigung zur Ernennung von Nachfolgern die zeitliche Schranke des § 2210 BGB nicht erweitert werden dürfe, läßt daher die Verlängerung nur bis zum Tode des ersten Testamentsvollstreckers zu. Beizutreten ist der Ansicht von Kipp, sie wird dem Grundgedanken des § 2210 BGB, der ja insbesondere auch aus den Bestimmungen der §§ 2109, 2163 BGB zu entnehmen ist, am besten gerecht und entspricht am ehesten dem Grundsatz, daß eine Verlängerung der Frist über 30 Jahre hinaus höchstens auf die Dauer des Lebens eines zur Zeit des Erbfalls bereits existierenden Menschen zulässig sein soll. In ihrer praktischen Auswirkung wird sich auch die Auffassung so gut wie gar nicht von der des RGR. Komm. unterscheiden.

Die verwaltende Testamentsvollstreckung ist praktisch von ganz besonderer Bedeutung. Sie ermöglicht einmal eine besonders weitgehende Beschränkung des Erben, indem sie ihm für 30 Jahre, ja sogar darüber hinaus für ein Menschenleben, jegliche Verfügungsbefugnis über den Nachlaß entzieht. Andererseits bietet sie aber auch Gewähr dafür, daß die Privatgläubiger des Erben von jedem Zugriff auf den Nachlaß ausgeschlossen sind. Das besonders bedeutsame an diesen Beschränkungen ist ihre unmittelbare dingliche Wirkung. So bietet gerade die Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung dem Erblasser die Möglichkeit zu weitgehender Bindung seines Nachlasses. Er kann den ganzen Nachlaß auf lange Dauer binden und erhalten; er hat die Gewähr dafür, daß weder seine Erben noch deren Gläubiger irgendwie wirksam auf den Bestand des Nachlasses einwirken können. Er hat andererseits auch die Möglichkeit, ganz nach seinen Wünschen einzelne Vermögensgegenstände der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu entziehen oder nur einzelne Gegenstände, z. B. geschäftliche Unternehmen, Landgüter, Sammlungen und dgl., der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu unterwerfen und so gerade die Nachlaßsachen, auf die er besonderen Wert legt, wirksam zu binden. Dabei hat er es in der

17) § 2210, 3.
18) A. a. O. S. 38/39.

Hand, die Person des Testamentsvollstreckers, ja sogar seinen etwaigen Nachfolger selbst auszuwählen oder doch hinreichend zu bestimmen und so gegebenenfalls durch entsprechende Weisungen für eine seinem Willen entsprechende Verwaltung seines Nachlasses zu sorgen.

Von all den bisher behandelten Instituten muß daher die verwaltende Testamentsvollstreckung als das im Regelfall geeignetste Mittel zur Bindung des Nachlasses durch den Erblasser angesehen werden. Sie bietet insbesondere dem Erblasser eine bessere Gewähr für die Durchsetzung seines Willens als die Anordnung einer Nacherbfolge oder gar eines Nachvermächtnisses allein; denn durch die verwaltende Testamentsvollstreckung wird in der Regel die Verfügungsmacht des Erben über sämtliche Nachlaßgegenstände ausgeschlossen, während bei der Nacherbschaft die Verfügungsmacht des Erben nur bei Grundstücken und unentgeltlichen Verfügungen eingeschränkt ist und bei Nachvermächtnis eine dinglich wirksame Beschränkung überhaupt nicht eintritt. Auf der andern Seite steht allerdings bei Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung der Erbe hinsichtlich der Zulässigkeit letztwilliger Verfügungen freier als bei der Nacherbfolge. Bei der Nacherbfolge ist dem Vorerben die Verfügung von Todeswegen über den Nachlaß grundsätzlich entzogen, die Erbschaft geht vielmehr kraft Gesetz auf den Nacherben über. Bei der Testamentsvollstreckung kann dagegen der Erbe über den Nachlaß letztwillig ohne jede Bindung verfügen. Will der Erblasser das verhindern, so ist die Verbindung von verwaltender Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge zweckmäßig. Wird ein Vorerbe durch Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung beschränkt, so hat das für ihn dieselben Wirkungen, wie die Beschränkungen eines Erben überhaupt durch Testamentsvollstreckung. Die an sich dem Vorerben gemäß § 2112 BGB zustehende freie Verfügungsmacht ist dann durch die Testamentsvollstreckung gemäß § 2211 BGB ausgeschlossen. Zu diesen Verfügungsbeschränkungen treten aber dann beim Vorerben noch die aus seiner Stellung als Vorerbe sich ergebenden Beschränkungen, die gegebenenfalls über die Dauer der Testamentsvollstreckung hinaus fortwirken. Insbesondere aber wird so bewirkt, daß der Nachlaß beim Tode des Bedachten unmittelbar kraft Ge-

setzes auf den Nacherben übergeht und daß so einerseits der ursprünglich Bedachte das Geschick des Nachlasses nicht durch letztwillige Verfügungen beeinträchtigen kann, wie andererseits die Privatgläubiger des Erstbedachten nicht nach dem Wegfall der Testamentsvollstreckung den Nachlaß in Anspruch nehmen können.

§ 9. Besondere Arten der verwaltenden Testamentsvollstreckung.

Während in der Regel der Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers sich auf eine bereits angefallene Erbschaft erstreckt, gestattet § 2222 BGB schon für die Zeit vor dem Anfall der Nacherbschaft einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, der lediglich bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt. Ein solcher Testamentsvollstrecker beschränkt nicht den Vorerben, dieser ist durch die Bestimmungen über die Nacherbfolge beschränkt und bleibt dies genau so, ob ein Testamentsvollstrecker gemäß § 2222 BGB eingesetzt wird oder nicht, vielmehr beschränkt hier der Testamentsvollstrecker den Nacherben, dessen Rechte und Pflichten er ja auszuüben hat. Der Testamentsvollstrecker tritt also an Stelle des Nacherben, soweit es sich darum handelt, die Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben zu erteilen; dem Nacherben ist während der Dauer der Testamentsvollstreckung sein Zustimmungsrecht entzogen. Das Amt des gemäß § 2222 BGB bestellten Testamentsvollstreckers endigt mit Eintritt der Nacherbfolge; die Dauer einer solchen Testamentsvollstreckung wird also nach der Vorschrift des § 2190 BGB regelmäßig nicht mehr als 30 Jahre seit dem Erbfall betragen, längstens währt sie bis zum Tode des Vorerben.

Streit herrscht darüber, ob der Vorerbe selbst zum Testamentsvollstrecker des Nacherben im Sinne des § 2222 BGB ernannt werden kann. Kipp[1]) bejaht dies und zwar gerade auch für

1) § 95, VI; § 118 am Ende; § 126, II.

den Vorerben, der Alleinerbe ist; er ist auch der Auffassung, der Vorerbe als Testamentsvollstrecker könne sich dann selbst nach dem Willen des Erblassers (§ 181 BGB) die etwa erforderliche Zustimmung erteilen. Anders die herrschende Meinung [2]). Sie bejahen diese Möglichkeit nur für den Fall, daß der Vorerbe nicht Alleinerbe, sondern Miterbe ist oder doch mindestens nicht alleiniger Testamentsvollstrecker ist; dagegen hält die herrschende Meinung es für unmöglich und dem Gedanken des § 2222 BGB für zuwiderlaufend, den alleinigen Vorerben zum alleinigen Testamentsvollstrecker für den Nacherben im Sinne des § 2222 BGB zu bestellen. Der herrschenden Meinung ist beizutreten. Die Interessenkollision zwischen Vorerben und Nacherben ist für die Regel so stark, daß es unmöglich erscheint, den Vorerben selbst geradezu zum Vertreter der Interessen des Nacherben zu machen; ein Vorerbe als Testamentsvollstrecker kann einfach, wie Staudinger zutreffend sagt, die Rechte und Pflichten des Nacherben dem Vorerben gegenüber nicht ausüben bzw. erfüllen.

Wenn oben gesagt wurde, die Testamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB beschränke nicht den Vorerben, sondern den Nacherben, so ist das richtig, weil ja der Vorerbe durch die Einsetzung eines solchen Testamentsvollstreckers in keiner Weise in seinen Befugnissen beeinträchtigt wird; indessen ist der wesentliche praktische Zweck einer solchen Testamentsvollstreckung nicht die Beschränkung des Nacherben, sondern dessen Schutz. Durch die Einsetzung einer Testamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB kann der Erblasser die Gewähr dafür schaffen, daß die dem Vorerben als solchem auferlegten Verfügungsbeschränkungen von diesem auch tatsächlich eingehalten werden. Ganz allgemein wird eben durch die Einsetzung eines solchen Testamentsvollstreckers eine Kontrolle des Vorerben erreicht, die besonders dann praktisch bedeutsam ist, wenn der Nacherbe in irgendeinem Abhängigkeitsverhältnis zum Vorerben steht, das ihn an der nötigenfalls nachdrücklichen Geltendmachung seiner Rechte behindert. Die Anordnung einer solchen Testamentsvollstreckung ist weiter auch dann zweckmäßig, wenn der Nacherbe zur Zeit des Erbfalls

2) So RGZ. 77, 177; KG in Seuf.Arch. 62, 239 und die weiteren Entscheidungen; RGR-Komm. § 2222, 1; Staudinger / 2222, 1; Planck § 2222, 2.

noch nicht vorhanden ist; es kann sich dann die sonst nach §§ 1912, 1913 BGB erforderliche Bestellung eines Pflegers erübrigen. Ganz allgemein wird sich eben die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers zur Wahrung der Rechte des Nacherben dann empfehlen, wenn die Rechte des Nacherben aus irgendwelchen Gründen, die in der Person des Nacherben oder in anderen Gründen liegen, besonders schutzbedürftig erscheinen. Der Erblasser hat also insoweit die Möglichkeit, über die Anordnung der Nacherbfolge hinaus gewisse Sicherungen einzubauen, welche die Durchführung seines Willens, insbesondere die ungeschmälerte Weiterleitung des Nachlasses an den Nacherben noch stärker gewährleisten, als die gesetzlichen Bestimmungen über die Nacherbfolge.

Die Testamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB kann aber auch mit einer verwaltenden Testamentsvollstreckung verbunden werden, sodaß also einerseits dem Vorerben ein Testamentsvollstrecker eingesetzt ist, der den Nachlaß verwaltet und den Vorerben von jeder Verfügung darüber ausschließt, andererseits aber auch zur Wahrung und Erfüllung der Rechte und Pflichten des Nacherben ein Testamentsvollstrecker gemäß § 2222 BGB bestellt ist. Beide Arten der Testamentsvollstreckung können auch durch ein und dieselbe Person ausgeübt werden [3]).

Verbindet der Erblasser eine verwaltende Testamentsvollstrekkung mit der Bestellung eines Testamentsvollstreckers für den Nacherben gemäß § 2222 BGB, dann kann er die stärkste, nach dem BGB denkbare Bindung seines Nachlasses herbeiführen: er verbindet dann drei zur Bindung des Nachlasses und zur Beschränkung des Erstbedachten geeignete Mittel miteinander. Einmal die Anordnung einer Vorerbschaft, durch die der Vorerbe entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen in seiner Verfügung beschränkt wird und die bewirkt, daß der Nachlaß ohne Zugriffsmöglichkeit für Privatgläubiger des Erben und ohne die

3) So wenigstens die herrschende Meinung, besonders RGR-Komm. zu § 2222, 1; Planck § 2222, 2; Kipp § 126, II; auch RSpr. OLG. Bd. 10, 305. Die Bedenken, die Staudinger § 2222, 1 gegen diese Ansicht erhebt, erscheinen nicht begründet. Die Bestellung einer gemeinsamen Vertrauensperson für Vor- und Nacherben bringt nicht notwendig einen Widerstreit der Interessen mit sich. Zugegeben ist aber, daß ein solcher Widerstreit entstehen kann, sonderlich zweckmäßig wird daher die Uebertragung beider Funktionen an eine Person nicht sein.

Möglichkeit des Vorerben, letztwillige Verfügungen zu treffen, kraft Gesetzes an den Nacherben fällt. Sodann die Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung, die dem Vorerben überhaupt die Verfügungsmacht über die gesamten Nachlaßgegenstände nimmt und schließlich noch die Testamentsvollstreckung des § 2222 BGB, die noch eine gewisse Kontrolle und Sicherung dafür bietet, daß die Rechte des Nacherben beachtet werden und gewahrt bleiben. Dem mißtrauischen Erblasser, der Zweifel hat, ob der Vorerbe nicht den ihm auferlegten Verfügungsbeschränkungen zuwiderhandeln werde, ihn aber doch zum Erben einsetzen, den Stamm des Nachlasses aber erhalten will, ist so die Möglichkeit geboten, die denkbar sicherste Gewähr für die Erfüllung seines Willens zu haben und gegebenenfalls auch noch den von ihm ausgewählten verwaltenden Testamentsvollstrecker durch einen zweiten Testamentsvollstrecker gemäß § 2222 BGB in gewissem Umfang überwachen zu lassen.

Grundsätzlich steht der Testamentsvollstrecker nur zum Erben in Rechtsbeziehung, und so sind auch bisher nur Fälle der Testamentsvollstreckung behandelt, die sich auf eine Erbschaft oder Nacherbschaft beziehen. Um aber dem oft mannigfaltigen Willen des Erblassers, wie er sich in Vermächtnissen, Nachvermächtnissen und Auflagen aller Art äußert, gerecht zu werden, hat das Gesetz in § 2223 BGB die Möglichkeit geschaffen, einen Testamentsvollstrecker auch zum Zwecke der Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu ernennen. Dies kann dadurch geschehen, daß diese Aufgabe einem Testamentsvollstrecker zugewiesen wird, der überhaupt für die Durchführung sämtlicher letztwilliger Verfügungen des Erblassers zu sorgen oder den ganzen Nachlaß zu verwalten hat. Hat der Erblasser allgemein einen Dritten zum Testamentsvollstrecker ernannt und in einem Testament neben der Erbeinsetzung auch Vermächtnisse, Nachvermächtnisse und Auflagen angeordnet, welche die Vermächtnisnehmer beschweren sollen, so hat der Testamentsvollstrecker grundsätzlich sowohl für die Erfüllung der dem Erben auferlegten Beschwerungen zu sorgen, wie auch für die Erfüllung der dem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen. Zu diesem Zweck benötigt der Testamentsvollstrecker der erforderlichen Verfügungsmacht auch über die Vermächtnisgegenstände

und hat auch diese Gegenstände zu verwalten. Insoweit hat er auch in entsprechender Anwendung der §§ 2205, 2211 BGB allein das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Vermächtnisgegenstände [4]).

Der Testamentsvollstrecker kann aber auch ausschließlich zu dem Zweck eingesetzt werden, den § 2223 BGB vorsieht, nämlich dafür, für die Vollziehung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen. Auf eine solche Testamentsvollstreckung finden im wesentlichen die allgemeinen Vorschriften über Testamentsvollstreckung Anwendung. Soweit also dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung zusteht, ist der Vermächtnisnehmer von der Verfügung über den Vermächtnisgegenstand ausgeschlossen. Die Erfüllung der Beschwerungen kann der Testamentsvollstrecker in entsprechender Anwendung des § 2205 BGB selbst vornehmen. Ist ihm diese Aufgabe nicht zugewiesen, so kann er wenigstens im Zweifel vom Vermächtnisnehmer die Erfüllung verlangen.

Darüber, ob einem solchen gemäß § 2223 BGB bestellten Testamentsvollstrecker entsprechend § 2209 BGB die Verwaltung der Vermächtnisgegenstände als einzige Aufgabe oder die Fortdauer der Verwaltung nach Ausführung der Beschwerungen übertragen werden kann, sagt das Gesetz nichts. Planck [5]) lehnt eine analoge Anwendung des § 2209 BGB ab. Mit dem Kommentar der Reichsgerichtsräte [6]) ist jedoch diese Frage zu bejahen, ist also § 2209 und mit ihm auch § 2210 BGB entsprechend anzuwenden.

So kann der Erblasser auch für Vermächtnisse und Nachvermächtnisse eine verwaltende Testamentsvollstreckung anordnen, die jeweils den schon behandelten Formen der verwaltenden Testamentsvollstreckung entspricht. Es kann also der Vermächtnisnehmer durch eine verwaltende Testamentsvollstreckung in der Verfügung über den vermachten Gegenstand auf lange Dauer beschränkt werden, ebenso kann der Vorvermächtnisnehmer durch die Anordnung einer verwaltenden Vermächtnistestamentsvollstreckung entsprechend beschränkt werden wie der Vorerbe.

4) Hierüber herrscht im wesentlichen Einigkeit, siehe besonders Kipp § 126, I, 1.

5) § 2223, 3.

6) A. a. O. § 2223, 2 und auch Meyer a. a. O. S. 44 ff.; Sachse LZ. (Leipziger Zeitschrift), 1932, S. 301.

Es kann weiterhin entsprechend den Bestimmungen des § 2223 BGB angeordnet werden, daß der Testamentsvollstrecker für die Ausführung des einem Vorvermächtnisnehmer auferlegten Nachvermächtnisses sorgt, wie schließlich diese Möglichkeiten auch miteinander verbunden werden können[7]).

Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers zur Durchführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen mit allen ihren Spielarten, insbesondere auch die Einsetzung eines verwaltenden Testamentsvollstreckers zur Verwaltung eines Nachvermächtnisses, vermögen daran nichts zu ändern, daß es sich immer nur um obligatorische Bindungen handelt. Indessen gibt die Anordnung einer Testamentsvollstreckung doch dem Erblasser eine weitreichende Gewähr, soweit der Testamentsvollstrecker den mit Nachvermächtnissen usw. beschwerten Vermächtnisgegenstand in seine Verwaltung nimmt. Insoweit ist der Vermächtnisnehmer, besonders auch der Vorvermächtnisnehmer von jeglicher Verfügung über den vermachten Gegenstand ausgeschlossen und damit also gerade das erreicht, was bei Anordnung eines Vermächtnisses (Vorvermächtnisses) allein nicht zu erreichen ist, daß nämlich dem Vorvermächtnisnehmer nur die Nutzungen verbleiben, er aber über seine obligatorische Bindung hinaus tatsächlich und rechtlich nicht in der Lage ist, den Vermächtnisgegenstand dem Nachvermächtnisnehmer zu entziehen.

Entsprechendes gilt für Auflagen, mag ein Erbe oder ein Vermächtnisnehmer mit ihnen beschwert sein. Lediglich zur Erfüllung dieser Auflagen kann ein Testamentsvollstrecker vom Erblasser ernannt werden und kann so die Vollziehung der Auflage sichergestellt werden.

So ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung schon für sich allein, besonders aber in Verbindung mit Nacherbfolge, Nachvermächtnis usw. das sicherste Mittel, das dem Erblasser zur Bindung seines Nachlasses und zur Sicherung seines letzten Willens auf lange Zeit hinaus zur Verfügung steht. Der Erblasser kann dabei ganz nach seinen Wünschen den Erben selbst in seiner Verfügungsmacht beschränken oder gar völlig von jeder Verfügungs-

7) In den Einzelheiten entspricht dies alles den Möglichkeiten und Verbindungen, wie sie schon bei der einem Erben, Vorerben usf. beschränkenden Testamentsvollstreckung ausgeführt sind.

möglichkeit ausschließen, er kann Vorsorge für die Sicherung der Rechte des Nacherben treffen, er kann aber auch dem Erben grundsätzlich die freie Verfügungsbefugnis belassen und auf dem Wege über die Testamentsvollstreckung lediglich dafür Sorge tragen, daß seine Vermächtnisse, Nachvermächtnisse und Auflagen erfüllt werden, daß also die nur obligatorischen Bindungen des mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwerten Erben oder Vermächtnisnehmers so verstärkt werden, daß ihre Vollziehung nach menschlichem Ermessen gewährleistet ist.

Auch für diese Sonderarten der verwaltenden Testamentsvollstreckung muß mindestens in entsprechender Anwendung die Zeitschranke des § 2210 BGB gelten, wie dies zum Teil schon erwähnt wurde. Die Testamentsvollstreckung für den Nacherben gemäß § 2222 BGB endigt mit Eintritt der Nacherbfolge, beträgt darum nach § 2109 BGB für die Regel nicht mehr als 30 Jahre, auf alle Fälle endigt sie aber mit dem Tode des Vorerben. Für die Testamentsvollstreckung gemäß § 2223 BGB zur Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen gilt, soweit man sie überhaupt als rein verwaltende Vollstreckung zuläßt (siehe oben S. 54), Entsprechendes. Auch für diesen Fall der verwaltenden Testamentsvollstreckung muß die Beschränkung des § 2210 BGB entsprechende Anwendung finden. Sie wird unwirksam, wenn 30 Jahre seit dem Erbfall verstrichen sind oder endigt jedenfalls, da auch § 2210, S. 2 BGB entsprechend anzuwenden ist, mit dem Tode des Vermächtnisnehmers oder des Testamentsvollstreckers oder mit dem Eintritt eines anderen Ereignisses in der Person eines dieser beiden.

Ist allerdings bei der Anordnung von Auflagen hiefür ein Testamentsvollstrecker eingesetzt, dann ist er berechtigt, die zum Zwecke der Erfüllung der Auflage notwendige Verwaltung gegebenenfalls zeitlich unbeschränkt fortzuführen, da ja die Auflage keinen zeitlichen Schranken unterliegt[8]).

§ 10. Familiengüter, Familienstiftungen und Familiengesellschaften.

Neben den bisher behandelten Möglichkeiten der Bindung, wie

8) Vgl. Kipp § 119, III, 2.

sie im Erbrecht das BGB dem Erblasser zur Verfügung stellt, kennt und kannte besonders unser Recht weitere umfassende und bedeutsame Bindungsmöglichkeiten zugunsten der Familie. In erster Linie kommen hier die Familiengüter und Familienstiftungen in Betracht. Für die Familiengüter hat sich ein Sonderrecht ausgebildet, das vom BGB der landesrechtlichen Regelung überlassen wurde [1]). Im wesentlichen fallen darunter die hochadligen Hausgüter, die Stammgüter und die Familienfideikommisse [2]).

Der alte deutsche Gedanke des Familiengutes blieb in den Kreisen des Adels lebendig [3]) und führte zunächst, zur Verhinderung einer völligen Eigentumsteilung, durch die sog. vertragsmäßigen Gan-Erbschaften [4]) und über diese zur Schaffung der Haus- oder Stammgüter durch den hohen und zum Teil auch niederen Adel auf Grund der diesem gebliebenen Autonomie. Die Schaffung dieser Hausgüter, die unveräußerlich waren, sich in agnatischer Folge und in aller Regel ungeteilt vererbten, führte so zu einer dauernden Gebundenheit dieses Sondervermögens. Ueber die Frage, wer Eigentümer des ein Sondervermögen bildenden Hausgutes sei, bestand lebhafter Streit. Die Mehrzahl der Germanisten vertrat die Auffassung, Eigentümer des Hausvermögens sei die adlige Familie als Korporation, also das Haus als selbständige Rechtspersönlichkeit, während dem jeweiligen Inhaber (Chef des Hauses) und auch den Agnaten gewisse unentziehbare Sonderrechte in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Hauses zustehen. Eine andere neuere Ansicht geht dahin, Eigentümer sei der jeweilige Chef des Hauses, jedoch beschränkt durch die Zweckbestimmung des Hausguts und die dinglichen Anwartschaftsrechte der Agnaten [5]).

Diese Verhinderung der Zersplitterung des Familienvermögens und damit die „Erhaltung des splendor familiae", wie sie der hohe Adel durch autonome Satzung sicherte, erreichte der niedere

1) Art. 57/59 EG.BGB.
2) Wegen der näheren Unterscheidung vgl. Wolff § 93, I, S. 309/310.
3) Hübner § 43, S. 335.
4) Hübner § 21, I, 3 b, S. 157.
5) Vgl. dazu Beseler, Grünhuts Z. 5, 540/556; Gierke ebenda S. 557 ff. und auf der anderen Seite im Anschluß an Stobbe und Cosack, insbesondere Hübner § 43, S. 336; siehe auch Heck § 112, 5.

Adel zumeist nur durch rechtsgeschäftliche Anordnungen, die den Zweck hatten, ein Gut unveräußerlich im Mannesstamm festzuhalten und im Laufe der Entwicklung sogar mehr und mehr die Einzelerbfolge in ein solches Gut festlegten. Nach der Rezeption wurden solche Stiftungen, die sich nach ihrer Entstehung ausgesprochen als ein deutsches sachenrechtliches Institut darstellen, als Fideikommisse bezeichnet und in einer weitgehenden Ausweitung des römisch-rechtlichen Fideikommissums der gemeinrechtliche Fideikommißbegriff aufgestellt [6]).

Der Fideikommisse, für die praktisch trotz der Zulässigkeit von Kapitalvermögen doch im wesentlichen nur größere Landgüter in Betracht kamen und deren Recht die Partikulargesetze ausbauten, bedienten sich im Laufe der Zeit über den niederen Adel und das Stadtpatriziat hinaus auch sonst die Begüterten verschiedener Stände zur Schaffung gebundener Güter. Die Erbfolge in Familienfideikommisse war darum eine gebundene Sondererbfolge, entweder festgesetzt vom Stifter in der Stiftungsurkunde oder die gesetzliche Erbfolgeordnung, die in der Regel Einzelerbfolge im Mannesstamm und zwar nach den Grundsätzen des Majorats und der Primogenitur vorsah [7]).

Errichtet wurde das Fideikommiß durch Stiftungsgeschäft, sei es von Todeswegen oder unter Lebenden. Partikularrechtlich war dafür mindestens schriftliche Beurkundung, weithin auch noch Genehmigung durch den König oder Bestätigung durch das Oberlandesgericht gefordert [8]). Gegenstand des Fideikommisses konnte nur ein Vermögensstück sein, das dauernde Nutzungen gewährt, also im wesentlichen Grundstücke und partikularrechtlich auch Geldkapitalien, sowie teilweise Gesamtsachen, wie Sammlungen und Bibliotheken. Erforderlich war meist ein gewisser Mindestwert oder Ertragswert [9]).

6) Siehe dazu Hübner § 44, S. 337 ff.

7) Hübner § 44, II, 5, S. 343 und § 115, S. 803 f.

8) Siehe dazu Hübner § 44, II, S. 341 f.; Wolff § 94, II, S. 312.

9) Vgl. Hübner § 44, II, 2, S. 342; Wolff § 94, I, S. 312; die landesrechtliche Regelung war in diesem Punkt wie überhaupt im ganzen Fideikommißrecht reichlich zersplittert. Ein Entwurf eines einheitlichen Gesetzes für Preußen wurde nicht Gesetz, sodaß dort teils das preuß. Landrecht, teils die verschiedene Regelung in den verschiedenen preuß. Provinzen Geltung hatte. Die modernste Regelung traf Sachsen durch das Gesetz vom 7. Juli 1900 über

Die mit der Stiftung der Fideikommisse bezweckte Bindung wurde gewährleistet durch die Beschränkungen, denen der Fideikommißbesitzer unterlag. Er ist zwar in der Verwaltung und Nutzung im allgemeinen freigestellt, hat aber das Fideikommiß in gutem Zustand zu erhalten. Entscheidend ist, daß der Fideikommißbesitzer das Gut weder veräußern noch, abgesehen von Fideikommiß-Schulden, belasten kann. Lediglich partikularrechtlich war eine Veräußerung oder Belastung mit Zustimmung der teilnehmenden Familienmitglieder durch einen sog. Familienschluß zulässig. Das Fideikommiß erlosch, abgesehen vom Untergang des Fideikommißobjektes, grundsätzlich nur durch das Aussterben der berechtigten Familie; es wurde freies Eigentum der Erben des letzten Fideikomißbesitzers. Indessen konnte der Stifter für einen solchen Fall Sorge tragen, indem er in der Errichtungsurkunde einen Anfallsberechtigten vorsah, insbesondere eine nach dem Erlöschen des Mannesstamms zu beobachtende kognatische Folge anordnete.

Die Bindung ergab sich so aus der Unveräußerlichkeit des Fideikommißguts, das auch der Zwangsvollstreckung der Privatgläubiger des Inhabers entzogen war und dem jeweiligen Inhaber nur als durch die Anwartschaftsrechte der Anwärter beschränktes Eigentum zustand [10]).

Diese Vermögensbindungen, wie sie durch die Hausgüter und Familienfideikommisse ermöglicht wurden, waren so vornehmlich dazu bestimmt und geeignet, den Interessen der Familie zu dienen und bestimmte Vermögensmassen ungeteilt dem Familienbesitz zu erhalten. Sie förderten dadurch naturgemäß auch die Erhaltung des alten deutschen Familiengedankens, zu dessen Abschwächung, wenn nicht Vernichtung ja gerade das Eindringen des römischen Rechts mit seinem unbeschränkten Eigentumsbegriff und der unbeschränkten Testierbefugnis weithin beitrug. Das Sonderrecht der Familiengüter gestattete be-

---

Familienanwartschaften; für Württemberg vgl. Gesetz vom 14. April 1848 über Aufhebung des Lehens-Obereigentums und Einzelvorschriften des württ. AG.BGB vom 21. 7. 1899, besonders Art. 14, 24—31, 55, 78, 93, 216, 280—81.

10) In den Partikularrechten wurde weithin überhaupt kein Alleineigentum des jeweiligen Inhabers, vielmehr teils Gesamteigentum, teils Unter- und Obereigentum angenommen; siehe Hübner § 44, II, 3, S. 342; auch Heck § 112, 5, S. 450.

sonders auch im Gegensatz zu den im Erbrecht zugelassenen Möglichkeiten die Bindung des Zweckvermögens auf die Dauer, d. h. eben bis zum Aussterben der berechtigten Familie, da erst damit die Gebundenheit des Fideikommißgutes aufhörte. Im wesentlichen bestand danach nur für den Stifter selbst die Möglichkeit einer Bindung, lediglich in gewissem Umfang waren für die späteren Generationen Abänderungen der getroffenen Bestimmungen durch gemeinsamen Beschluß der Berechtigten, den sog. Familienschluß, möglich, der auch nach den meisten Partikularrechten die Beendigung des Fideikommisses herbeiführen konnte [11]).

Heute geht das Recht der Familiengüter seinem Ende entgegen. Die Möglichkeit zukünftiger Vermögensbindungen dieser Art ist ausgeschlossen, nachdem die schon seit der französischen Revolution einsetzende Gegnerschaft aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen nach dem Weltkrieg den Zwang zur Auflösung der Fideikommisse und das Verbot ihrer Neuerrichtung gebracht hat, wie das in Art. 109 und 155 Weim. Verf. niedergelegt ist. Dieser Anordnung sind die Länder durch entsprechende Ausführungsgesetze nachgekommen. Darnach wird einerseits die freiwillige Auflösung der Fideikommisse durch Familienschluß wesentlich erleichtert, andererseits die schließliche Durchführung der Zwangsauflösung näher angeordnet. In der Regel wird dabei eine allmähliche teils raschere, teils langsamere Ueberführung der Fideikommisse in den allgemeinen Rechtszustand vorgesehen. Abweichungen bestehen nur für die Fälle, in denen auch die Allgemeinheit ein Interesse an einer auf lange Dauer festgelegten Bewirtschaftung des Gutes hat, besonders beim Waldbesitz; hier ist in den Ausführungsgesetzen Vorsorge für die Erhaltung gebundener Güter, namentlich Waldgüter, aber auch Deich- und Weingüter getroffen und zwar durch die Zulassung besonderer Stiftungen für solche Zwecke der Waldstiftungen, oder durch die gesetzliche Möglichkeit, solche selbständigen Waldgüter, Deichgüter usw. durch die Auflösungsbehörde zu schaffen [12]).

11) Siehe Hübner § 44, II, 4 und 6, S. 342 und 344.

12) Zur Regelung in Preußen vgl. die Verordnung über Familiengüter vom 10. März 1919, neugefaßt in der Bekanntmachung vom 20. Dez. 1920, die

Neuerdings hat schließlich die Gesetzgebung des Reichs, dem ja mit der Ueberleitung der Rechtspflege auf das Reich auch die Durchführung der Fideikommißauflösung zugefallen ist, die Aufgabe durch gesetzliche Regelung in Angriff genommen [13]). Die Regelung beschränkt sich zunächst auf die Vereinheitlichung des Verfahrens und legt die noch zu erledigenden Aufgaben einheitlich in die Hände der Oberlandesgerichte. Sie haben zunächst noch nach dem bisherigen materiellen Recht zu entscheiden, jedoch sind dem Reichsminister der Justiz weitgehende Ermächtigungen zur Aenderung des bisherigen Rechts erteilt.

Von den Familiengütern zu unterscheiden sind die Familienstiftungen. Ihre geschichtliche Entwicklung ist ziemlich ungeklärt, erfolgte aber wohl im Anschluß an die Ausbildung der Familienfideikommisse [14]). Auch sie dienten wohl wie das Familienfideikommiß der Stärkung des Familiengefühls und der Erhaltung des Familienglanzes. Ihre Abgrenzung vom Familienfideikommiß war früher besonders im preuß. Recht nicht einfach [15]), heute ergibt sich die juristische Grenzziehung klar daraus, daß die dem Recht der Stiftungen unterworfene, im übrigen landesrechtlich geregelte [16]) Familienstiftung juristische Personen als

---

zunächst eine freiwillige Auflösung vorsieht und außer den Fideikommissen auch die standesherrlichen Hausvermögen, die Lehen- und Stammgüter betrifft. Ferner die Zwangsauflösungsverordnung vom 19. Nov. 1920 und schließlich das Zwangsauflösungsgesetz und das Familiengesetz vom 22. April 1930, welche besonders das Tempo der Auflösung erheblich beschleunigen und als Stichtag für den Wegfall der gebundenen Güter den 1. Juli 1938 bestimmen. Für Württemberg vgl. § 60 der Verfassungsurkunde vom 25. Sept. 1919; ferner die Gesetze vom 27. Mai 1920 und 6. Febr. 1923, die vorläufige Uebergangsmaßnahmen betreffen, und besonders das Gesetz vom 14. Febr. 1930 über die Auflösung der Fideikomisse, wonach im Regelfall die gebundenen Güter nach dem Wegfall des gegenwärtigen Inhabers auf den nach der Satzungsfolge berechtigten Anwärter übergehen und in seiner Hand freies Vermögen werden; als spätester Zeitpunkt ist der 1. April 1960 bestimmt.

13) Vgl. Gesetz zur Vereinheitlichung der Fideikomißauflösung vom 26. Mai 1935 und Durchf.Verordn hiezu v. 24. 8. 1935.

14) Siehe dazu Frommhold, Familienstiftung S. 133/134, auch Behrend, Jherings Jahrb. Bd. 72, S. 117, vgl. ferner zum Begriff der Familienstiftung RG. in Gruchots Beitr. 49, S. 1143, Nr. 138.

15) Siehe Frommhold, Familienstiftung S. 132; Behrend a. a. O. bes. S. 215 ff.; siehe auch Entscheidung des preuß. Landesamts für Familiengüter, JW. 1925, S. 405 mit Besprechung Opet.

16) Siehe preuß. AG.BGB, Art. 1—3, Württ. AG.BGB Art. 133, Abs. 2.

Rechtssubjekt [17]) ist, während das Fideikommiß gebundenes Vermögen, also Rechtsobjekt in der Hand eines bestimmten, wenn auch in seinen Befugnissen beschränkten Eigentümers ist. Der Unterschied zu den sonstigen Stiftungen geht dahin, daß die Familienstiftung nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer bestimmten Familie oder mehrerer bestimmter Familien dient. Die Familienstiftung ist auch heute noch in dem landesgesetzlichen Rahmen zulässig, sie ermöglicht die Bindung von Vermögenswerten für die fernere Zukunft ausgesprochen im Interesse der Familie, bedarf aber der staatlichen Genehmigung.

Da jedenfalls nach dem Recht des BGB die Stiftung auch durch Verfügungen von Todeswegen begründet werden kann (im gemeinen Recht stark bestritten!), so bietet die Familienstiftung auch dem Erblasser die Möglichkeit zur letztwilligen Bindung seines Nachlasses. Diese Möglichkeit unterliegt aber verschiedenen Beschränkungen. Einmal muß, wie bereits erwähnt, die Stiftung ausschließlich Familieninteressen dienen, weiterhin bedarf sie der staatlichen Genehmigung, die allerdings nach preuß. Recht bei Familienstiftungen an eine recht einfache Voraussetzung geknüpft ist, wobei aber gerade bei letztwilligen Stiftungsgeschäften die Familienmitglieder aufzufordern sind, sich über die Versagung oder Genehmigung der Stiftung in einem Termin zu erklären. Ganz besonders aber sind der Durchsetzung des Stifterwillens dadurch Schranken gesetzt, daß die genußberechtigten Familienmitglieder das Recht haben, wesentlichen Einfluß auf die Geschicke der Stiftung auszuüben, ihre Zwecke zu ändern, ja sogar die Stiftung selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Stifters aufzuheben [18]). Gerade das letztere Recht der Familienmitglieder stellt naturgemäß eine starke Beeinträchtigung des Stifterwillens und damit der gewollten Bindung dar, die aber andererseits ihre Rechtfertigung, ja sogar ihre Notwendigkeit darin findet, daß der Dauer der Bindung keinerlei zeitliche Schranken gesetzt sind. In der Praxis steht aber der weitgehenden

17) Anders die sogen. unselbständige oder fiduziarische Stiftung, hierüber siehe unten.

18) Siehe Art. 2, § 1 preuß. AG.BGB und Frommhold Familienstiftung S. 31.

Benützung der Familienstiftung die starke steuerliche Belastung, insbesondere die Körperschaftssteuerpflicht, entgegen [19]).

Neben diesen Familienstiftungen als selbständigen Stiftungen eigener Rechtspersönlichkeit sind noch die sog. unselbständigen oder fiduziarischen Stiftungen zu erwähnen, da auch sie eine Bindung auf lange Sicht, ja auf Dauer zulassen. Die Zulässigkeit solcher unselbständigen Stiftungen in Form von Zuwendungen an eine bereits bestehende juristische Person, z. B. an eine Stadt oder eine Universität für bestimmte Zwecke (Kunstzwecke, Stipendien), ist anerkannt [20]), sie geben, da sie sowohl unter Lebenden, wie durch letztwillige Verfügung [21]) getroffen werden können, dem Erblasser die Möglichkeit, bestimmte Teile seines Vermögens, wie etwa Sammlungen, aber besonders auch Kapitalien, zu Stipendien und anderen Zwecken für unabsehbare Zeit, ja praktisch auf Dauer zu binden, da gerade ihre Verknüpfung mit einer bereits bestehenden juristischen Person für alle Regel ihren nach menschlichem Ermessen dauernden Bestand gewährleisten. Die Verknüpfung mit der juristischen Person dergestalt, daß diese das Zugewendete zwar zu Eigentum erwirbt, obligatorisch aber dem Stifter zur Erfüllung des Stiftungszwecks verpflichtet ist, läßt praktisch auch den „Nachteil", daß die Bindung an sich nur eine obligatorische ist, bedeutungslos erscheinen. Eine wesentliche Erleichterung gegenüber den selbständigen Stiftungen besteht darin, daß diese unselbständigen Stiftungen, die ja auch Familienzwecken dienstbar gemacht werden können, grundsätzlich den Bestimmungen der §§ 80 ff. BGB nicht unterliegen, besonders also weder einer staatlichen Genehmigung noch der Form des § 81 BGB bedürfen [22]). Soweit ein Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung diese Form der Bindung, die ja in aller Regel nur für bestimmte Teile seines Vermögens

19) Siehe K StG. vom 16. 10. 1934, § 1, Abs. 1, Nr. 5; befreit von der Körperschaftssteuer sind nach § 4, Abs. 1, Nr. 6 des Gesetzes lediglich die Stiftungen, die ausschließlich und unmittelbar kirchlichen, gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken dienen.

20) Vgl. Staudinger, 10. Aufl., Vorbem. zu §§ 80—88, I und RGZ. 88, S. 335 ff., wo besonders hervorgehoben wird, daß das BGB das Recht der Stiftungen keineswegs erschöpfend geregelt habe.

21) Vgl. gerade den Fall RGZ. 88, S. 335 ff.

22) Siehe Staudinger 10. Aufl. a. a. O.; Enneccerus 12. Aufl., § 110, II; RGZ. 88, S. 335 ff.; RGZ. 105, S. 305 ff.

in Betracht kommt, wählt, ist es nicht immer leicht, die Abgrenzung gegenüber einem Vermächtnis mit Dauerauflage zu treffen. Vielfach wird hier die eine wie die andere Auslegung möglich sein, einer Entscheidung im Einzelfall bedarf es aber auch gar nicht[23]), da ja auch das Vermächtnis mit Auflage oder genauer die Auflage keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt[24]).

Schließlich bleibt noch die Frage zu erörtern, ob und inwieweit es möglich ist, Vermögenswerte zu binden, die in Handelsgesellschaften festgelegt sind, sie also über den Tod des gegenwärtigen Inhabers hinaus vor Zersplitterung zu bewahren und der Familie zu erhalten. Wohl stehen dem Erblasser für die Bindung solcher Vermögenswerte die bisher behandelten erbrechtlichen Institute des BGB offen, die wesentliche Frage ist aber hier die, inwieweit gerade das Recht dieser Gesellschaften es gestattet, solche Bindungen durchzuführen, die den Zweck haben müssen, die bestehende Gesellschaft über den Tod des Erblassers hinaus auf möglichst lange Dauer aufrecht zu erhalten.

Für die offene Handelsgesellschaft bestimmt § 131, Ziff. 4 HGB, daß durch den Tod eines Gesellschafters die o. H. G. aufgelöst wird, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ein anderes ergibt. Damit ist, da die ausgesprochen erbrechtlichen Bindungen lediglich den Erben gegenüber wirksam sind, die Möglichkeit gegeben, die o.H.G. zunächst einmal durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag über den Tod des Erblassers hinaus aufrecht zu erhalten. Besonders bedeutsam ist dies für Familiengesellschaften, für die so die Möglichkeit besteht, die Gesellschaft fortzusetzen, wenn eines der Familienmitglieder stirbt. Die spätere Auflösung der Gesellschaft kann indessen hiedurch auf die Dauer nicht verhindert werden, denn die in § 131, Ziff. 6 HGB vorgesehene Möglichkeit der Kündigung bei unbestimmter Dauer der Gesellschaft, kann nicht ausgeschlossen werden. Wohl kann der Erblasser eine Kündigung des Erben selbst durch eine letztwillige Verfügung, insbesondere durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung verhindern, nicht aber die Kündigung der anderen Gesellschafter, die nicht seine Erben sind. Die Rechtsstellung der Erben, die an Stelle des

23) Dies zeigt gerade die Entscheidung RGZ. 88, S. 335 ff.
24) Siehe dazu oben S. 39 ff.

Erblassers in die Gesellschaft eintreten, mit denen also die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, regelt § 139 HGB. Der Erblasser hat hier die Möglichkeit mit Wirkung gegen die Gesellschafter, die von seiner letztwilligen Verfügung nicht betroffen werden, die Fortsetzung der Gesellschaft mit seinen Erben zu sichern, während er andererseits das in § 139 HGB vorgesehene Wahlrecht der Erben und damit das etwaige Ausscheiden der Erben aus der Gesellschaft durch entsprechende letztwillige Verfügungen hindern kann. Im ganzen gibt so wohl das Recht der o.H.G. die Möglichkeit, die o.H.G. auch über den Tod des Erblassers hinaus mit dessen Erben aufrecht zu erhalten, nicht aber die Gewähr gegen eine spätere Kündigung der o.H.G.

Weitgehende Bindungsmöglichkeiten bietet dagegen die Aktiengesellschaft. Sie ist nicht kündbar und wird, abgesehen von Zeitablauf und Konkurs, nur durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß der Hauptversammlung aufgelöst (§ 203 Akt.Ges.). Dabei kann nach § 203, Ziff. 2 d. Ges. die Satzung die gesetzliche Dreiviertelmehrheit durch eine größere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse des Auflösungsbeschlusses festsetzen. Dies gibt die Möglichkeit, Familien-A.G. zu schaffen und deren Auflösung satzungsgemäß derartig zu erschweren, daß die Erhaltung der Aktiengesellschaft und damit die Bindung des investierten Vermögens auf die Dauer gesichert erscheint. Da zudem auch das neue Aktiengesetz die Einmanngesellschaft nicht verboten hat, kann ein Erblasser, dem es gelingt, nachträglich sämtliche Anteile in seiner Hand zu vereinigen, durch entsprechende Satzungsbestimmungen jede erdenkliche Gewähr dafür schaffen, daß auch nach seinem Tode die A.G. unter seinen Erben bestehen und das Vermögen gebunden bleibt. Die an sich jederzeit mögliche Uebertragung der Aktien auf Dritte kann, abgesehen von den mit den bisher behandelten erbrechtlichen Instituten erreichbaren Verfügungsbeschränkungen hier besonders durch die Schaffung von Namensaktien weitgehend verhindert werden, da gemäß § 61, Abs. 3 Akt.Ges. die Uebertragung von Namensaktien durch die Satzung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden kann.

Ebenso zeigt das Recht der G. m. b. H. wirksame Bindungsmöglichkeiten. Fordert schon für den Regelfall das Gesetz in § 60,

Ziff. 2 für die Auflösung der G. m. b. H. durch Beschluß eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen, so kann dieses Erfordernis durch den Gesellschaftsvertrag noch wesentlich verschärft werden. Es kann sogar der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung enthalten, daß die Gesellschaft unauflöslich ist. (Ob eine solche Vorschrift als ein Sonderrecht der Gesellschafter auf Fortsetzung der Gesellschaft anzusehen ist oder nicht, bedarf hier nicht der Erörterung.) Auf der andern Seite kann die Veräußerung der Geschäftsanteile gemäß § 15, Abs. 4 durch den Gesellschaftsvertrag erschwert, ja ausgeschlossen werden. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß mehrere Miterben gemäß § 18 die Rechte aus einem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben können, während die Verfügungen eines einzelnen Miterben über den Anteil gemäß § 2033, Abs. 2 BGB ebenso ausgeschlossen ist, wie die Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger eines Erben.

Dem Erblasser gibt so besonders das Recht der Aktiengesellschaft und das Recht der G. m. b. H. die Möglichkeit, über die ihm durch das Erbrecht des BGB gegebenen Befugnisse hinaus, die Bindung der in Handelsgesellschaften festgelegten Vermögensmassen noch zu verstärken, auf unabsehbare Zeit zu gewährleisten und so besonders durch die Schaffung von Familien-A.G. und Familien-G.m.b.H., deren Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag er maßgebend beeinflußt, die in diesen Gesellschaften steckenden Werte vor einer Zersplitterung zu bewahren.

§ 11. Zusammenfassende Betrachtung.

Nach der Behandlung der einzelnen Institute besteht Anlaß, sie noch einmal zusammenfassend, insbesondere vergleichend zu betrachten, ihre Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten festzustellen und ihre praktische Verwertbarkeit wenigstens anzudeuten. Ihre grundsätzliche gemeinsame Grundlage haben zunächst sämtliche Institute in der schon geschilderten Stellungnahme des BGB zu den Grundproblemen der Erbfolge überhaupt, insbesondere in der grundsätzlichen Gewährleistung unbeschränkter Testierfreiheit; denn alle die behandelten Anordnungen eines Erblassers können ja ihrer Natur nach nur auf dem Willen des Erblassers beruhen, können nur letztwillige Bestimmungen des Erblassers, d. h. Be-

stimmungen für seinen Todesfall sein und können daher auch nur im Rahmen letztwilliger Verfügungen, wie sie vom geltenden Recht ausgestaltet sind, getroffen werden. Da nun das geltende Recht, wie bemerkt, grundsätzlich eine schrankenlose Testierfreiheit gewährleistet, also dem Willen des Erblassers Vorrang und übergeordnete Bedeutung beimißt, muß es schon hiewegen folgerichtig auch einen Willen des Erblassers, der über die bloße Bestimmung der Nächstberechtigten hinaus weitere Fürsorge für den Nachlaß und für Nachberechtigte treffen will, weitgehend berücksichtigen. Ebenso wie aber schon bei der letztwilligen Verfügung als solcher der Erblasser zwar in seinem Willen durchaus frei, in den Formen der Kundgabe seines Willens aber an bestimmte Formvorschriften, Mindesterfordernisse usw. gebunden ist, so ist er auch bei der Bindung seines Nachlasses und zwar weithin im Interesse der Verkehrssicherheit, der Vereinheitlichung, schließlich aber auch im Interesse sowohl der Nächstbedachten, als auch der Gläubiger, gewissen Schranken unterworfen. Es geht nicht an, daß der Erblasser Art und Umfang der Beschränkung, die er dem Nächstbedachten auferlegen will, völlig willkürlich, gegebenenfalls etwa völlig außerhalb typischer und bekannter Rechtsvorgänge festlegt, es geht nicht an, daß er einen Bedachten zum Erben macht, ihm aber gleichzeitig durch entsprechende Anordnung jede Erbenstellung wieder völlig entzieht, vielmehr typisiert das geltende Recht im Interesse der Rechtssicherheit und des Verkehrs die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und stellt sie dem Erblasser wahlweise zur Verfügung. Darin liegt weniger eine wirkliche Beschränkung des Willens des Erblassers, als vielmehr ein Zwang, diesen Willen aus Gründen der Verkehrssicherheit in bestimmte Rechtsformen zu kleiden, also eine der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Möglichkeiten zu wählen, die dem Willen des Erblassers am ehesten entspricht. Die Rechtsfolgen, die sich im einzelnen ergeben, werden allerdings wieder vom Gesetz geregelt, aber innerhalb der einzelnen Institute wird doch jeweils dem Erblasser ein gewisser Spielraum gelassen, der nur nicht so weit gehen darf, daß durch abweichende Bestimmung des Erblassers der eigentliche Rechtscharakter des gesetzlichen Instituts verloren ging. Da es zulässig ist, die verschiedenen Institute miteinander zu verbinden,

da also, wo ein zur Durchführung des Willens des Erblassers unbedingt notwendiges Institut (z. B. Nacherbfolge) nicht ausreicht, um in anderer Beziehung noch weiteren Wünschen des Erblassers gerecht zu werden, die Möglichkeit besteht, diese letzteren Wünsche durch zusätzliche Anordnung eines weiteren Instituts (z. B. Testamentsvollstreckung) zu verwirklichen, bieten die vom Gesetz gegebenen Einrichtungen in aller Regel die Möglichkeit, allen auf das spätere Schicksal des Nachlasses und dessen Bindung abzielenden Wünschen des Erblassers voll Rechnung zu tragen und die Durchführung dieses Willens nach menschlichem Ermessen zu gewährleisten.

Eine Einschränkung gilt jedoch gleichermaßen. Das Gesetz versagt es dem Erblasser, den Nachlaß für alle Zukunft an seinen Willen zu binden. Die Motive[1]) erklären, aus nationalökonomischen Gründen erscheine es angemessen, eine übermäßig lange Vinkulierung des nachgelassenen Vermögens zu verhindern. Dementsprechend hat das BGB, wie ja schon jeweils bei der Behandlung der einzelnen Institute erwähnt, insoweit dem Willen des Erblassers zeitliche Schranken gesetzt. Grundsätzlich kann die Bindung des Nachlasses nur 30 Jahre, höchstens ein Lebensalter dauern. Die regelmäßige 30jährige Beschränkungsfrist gilt übereinstimmend für Nacherbfolge, Nachvermächtnis, Testamentsvollstreckung und Teilungsverbot, nicht dagegen für die Auflage, der ja überhaupt keine Zeitschranken gesetzt sind. Die Ausnahmen von der 30jährigen Frist sind dagegen nicht völlig gleich geregelt; gemeinsam ist ihnen die Möglichkeit, die 30jährige Frist bis auf die konkrete Lebensdauer einer zur Zeit des Erbfalls bereits lebenden oder doch wenigstens bereits erzeugten Person zu erweitern. Uebereinstimmend gleichmäßig sind die Ausnahmen bei Nacherbfolge und Nachvermächtnis, etwas abweichend dagegen bei Testamentsvollstreckung und Teilungsverbot. Die praktischen Auswirkungen sind wenig bedeutsam, im Zweifel wird aber eine der grundsätzlichen Regelung des Gesetzes — und sie scheint gerade bei der Nacherbfolge am deutlichsten herausgearbeitet zu sein — am besten entsprechende Auslegung oder Ergänzung geboten sein[2]).

1) Mot. V, S. 90/91.

2) Ueber diese Unterschiede im einzelnen und die sich daran anknüpfenden Fragen vgl. Knöpfel S. 68 ff.

Im Rahmen dieser Zeitschranken gibt das BGB dem Erblasser die Möglichkeit, seinen Nachlaß seinem Willen gemäß zu binden. Es gibt ihm die weitestgehende Möglichkeit, durch Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung dem oder den Erben zwar wohl die Nutzungen des Nachlasses zukommen zu lassen, aber sie wie ihre Gläubiger völlig auszuschließen vom Zugriff auf den Nachlaß und von jeder Verfügung über Nachlaßgegenstände. Von ihr wird also der Erblasser dann Gebrauch machen, wenn er diese Zwecke erreichen will, wenn er sein Vermögen, insbesondere auch etwa einen großen Betrieb der übernächsten Generation erhalten und eine seinen Wünschen entsprechende Betriebsführung und Vermögenserhaltung gesichert wissen will. Ihrer wird er sich insbesondere auch bedienen, wenn bei mehreren Miterben die Gefahr mangelnder Einigung und die Gefahr der Zerreißung und letztlich der Zerstörung zusammengehöriger Werte droht. Weniger weitgehend ist die Anordnung der Nacherbfolge, die dem Erben die Verfügungsbefugnis mit dinglicher Wirkung nur bei Grundstücken und unentgeltlichen Verfügungen nimmt, also nur insoweit dem Erblasser sichere Gefahr bietet, während er im übrigen auf die Pflichttreue des Vorerben angewiesen ist. Die Anordnung der Nacherbfolge wird für den Erblasser dann zweckmäßig sein, wenn er sich auf den Vorerben verlassen kann oder wenn es ihm (z. B. bei befreiter Vorerbschaft) nur darauf ankommt, für den Fall des Todes des Vorerben den weiteren Anfall des dann noch vorhandenen Nachlasses selbst zu bestimmen und nicht der Verfügung des Vorerben zu überlassen oder gar auf dessen Tod die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen. Sie genügt aber auch dann, wenn der Erblasser lediglich Grundstücke und Grundstücksrechte binden und für ihren ungeschmälerten Uebergang an den oder an die Nacherben sorgen will; insbesondere kann der Erblasser mit der Anordnung der Nacherbfolge das eine erreichen, daß sein Nachlaß den Privatgläubigern des Vorerben nicht zugänglich ist. Werden Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge zweckmäßigerweise da angeordnet, wo der Erblasser den gesamten Nachlaß oder wesentliche Teile desselben binden will, so werden Nachvermächtnis und Auflage zweckmäßiger da angewandt werden, wo es dem Erblasser darum geht, das Schicksal bestimmter Einzelgegenstände auf längere Sicht hinaus festzu-

legen oder die Erfüllung bestimmter Aufgaben zu erreichen. In vielen Fällen mag hier dem Erblasser die rein obligatorische Bindung des Beschwerten genügen. Wo ihm dies nicht genügt, hat er die Möglichkeit, den Druck durch geeignete Anordnungen zu verstärken, insbesondere aber die Durchführung seines Willens durch Anordnung einer entsprechenden Testamentsvollstreckung sicherzustellen. Das Teilungsverbot endlich wird dort angebracht sein, wo es dem Erblasser erwünscht erscheint, den Familienzusammenhalt durch Bestehenlassen der Gesamthandgemeinschaft zu stärken, die Einheit eines Betriebs (Industriewerks usw.) bei mehreren Miterben zu sichern, die Aufgaben eines verwaltenden Testamentsvollstreckers zu erleichtern oder schließlich auch die Rechte eines Nacherben, eines Vermächtnisnehmers oder Nachvermächtnisnehmers noch über die entsprechenden Anordnungen hinaus sicherzustellen. Die Nachteile der rein schuldrechtlichen Wirkung dieser Anordnungen, insbesondere aber des Zugriffs der Privatgläubiger[3]) kann der Erblasser, soweit ihm das geboten erscheint, auch hier durch Anordnung einer verwaltenden Testamentsvollstreckung beseitigen.

Die Vergleichung der verschiedenen Institute und ihrer zweckmäßigen Anwendung zeigt also, daß je nach der Lage des Einzelfalls das eine oder das andere Institut dem Willen des Erblassers gerecht zu werden vermag und daß, soweit dies im Einzelfalle, insbesondere etwa wegen der nur obligatorischen Wirkung der Anordnungen nicht möglich ist, die Verbindung mit anderen Instituten, insbesondere die Verbindung mit der verwaltenden Testamentsvollstreckung jedenfalls geeignet ist, allen und auch den verschiedenartigsten Wünschen des Erblassers in geeigneter Weise Rechnung zu tragen und ihre Verwirklichung zu sichern.

Bieten so die im Erbrecht des BGB geregelten Institute dem Erblasser weitreichende Möglichkeiten der Bindung, so tragen sie doch wegen der Ueberbetonung des Willens des Erblassers auch die Gefahr des Mißbrauchs in sich. Die praktische Bedeutung dieser Gefahr darf jedoch nicht überschätzt werden. Der Regelfall wird doch immer der sein, daß der Erblasser im Interesse seiner Familie Bindungen des Nachlasses wünscht, um unwirtschaftlichen und familienwidrigen Zersplitterungen seines Ver-

3) Siehe oben S. 54 ff.

mögens vorzubeugen. Derartigen Wünschen konnte früher durch die Errichtung von Familienfideikommissen in ganz besonderem Maße Rechnung getragen werden. Diese waren so gut wie ausschließlich auf die Belange der Familie zugeschnitten und gaben anders als die rein erbrechtlichen Institute die Möglichkeit der Dauerbindung. Hier hatte also der Erblasser weit mehr als bei den rein erbrechtlichen Bindungen die Gewähr, daß das von ihm ererbte und errungene Vermögen durch Generationen hindurch der Familie erhalten blieb und daß sich so die von ihm verfügten Bindungen unter Ausschaltung der Einzelinteressen zum Wohl der Familie auswirken konnten. Der Wegfall der Fideikommisse, insbesondere das seit nunmehr bald 20 Jahren bestehende Verbot der Neuerrichtung von Familienfideikommissen reißt eine fühlbare Lücke in die dem Erblasser zur Verfügung stehenden Bindungsmöglichkeiten. Die allein noch zulässige, ja gegebenenfalls gebotene Waldgüterstiftung, ist kein oder doch nur ein höchst unvollkommener Ersatz für den Wegfall der Fideikommisse. Sie gleicht nur die volkswirtschaftlichen Nachteile aus, die aus der Zerschlagung einer geschlossenen Waldwirtschaft entstehen könnten. Darüber hinaus wird aber weithin der Wunsch des Erblassers bestehen, den über Erbhofgröße hinausgehenden Grundbesitz, sein Kapitalvermögen, Industrieunternehmungen, Sammlungen und Bibliotheken usw. geschlossen der Familie und damit auch der Gesamtheit zu erhalten. Die Gewähr, die hier die im BGB geregelten Institute dem Erblasser bieten, wird gerade da, wo es sich um größere Werte handelt, durch die zeitlichen Schranken der Bindung stark beeinträchtigt. Die Zwecke, die mit der Errichtung eines Familienfideikommisses verfolgt wurden, kann also der Erblasser durch die im einzelnen behandelten Institute nur höchst unvollkommen verwirklichen. Die Familienstiftungen, seien es selbständige oder unselbständige Stiftungen, können an sich hier einen gewissen Ersatz bilden. Indessen ist auch dies kein vollwertiger Ersatz, einmal darum, weil bei der selbständigen Familienstiftung die genußberechtigten Familienmitglieder immer in der Lage sind, wesentlichen Einfluß auf die Geschicke der Stiftung auszuüben, ja sie sogar aufheben können, und weil dazu besonders die starke steuerliche Belastung in der Praxis solchen Familienstiftungen in größerem Um-

fang immer stark hemmend entgegenwirken wird. Die unselbständige Stiftung eignet sich andererseits ihrer ganz besonderen Art nach nur zu beschränkten Bindungszwecken hinsichtlich gewisser Vermögenswerte, kann also ihrerseits niemals einen Ersatz für den Wegfall der Familienfideikommisse bieten. Die Bindungsmöglichkeiten, wie sie schließlich durch handelsrechtliche Familiengesellschaften gegeben sind, beschränken sich ihrer Natur nach ebenfalls auf ganz bestimmte Vermögenswerte, die in ausgesprochen wirtschaftlichen Unternehmungen angelegt sind und ermöglichen auch letztlich weithin nur eine beschränkte Bindung.

Die Betrachtung zeigt, daß dem Erblasser nach geltendem Recht eine Fülle von Bindungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Für die große Zahl der Fälle werden die im Erbrecht des BGB gegebenen Institute geeignet sein, allen Wünschen des Erblassers Rechnung zu tragen. Hier wird auch die grundsätzliche zeitliche Beschränkung der Bindung keine ausschlaggebende Rolle spielen. In der kleineren Zahl der anders gelagerten Fälle, wo längere, ja Dauerbindungen nicht nur im Interesse der Familie, sondern häufig der Gesamtheit wertvoll und gerechtfertigt erscheinen, sind dagegen die gegebenen Möglichkeiten nicht voll ausreichend. Gelöst sind die Fragen heute im Bauernrecht, nicht aber für das Kapitalvermögen und den größeren Grundbesitz. Ob und inwieweit hier einem bestehenden Bedürfnis Rechnung getragen werden kann, soll im folgenden Kapitel behandelt werden.

III. Teil.

§ 12. Gedanken zur kommenden Gestaltung.

Mehr als andere Gesetze werden jeweils die Normen des Familien- und des Erbrechts, wird die Regelung des Eherechts, des Kinderrechts und der Erbfolge Ausfluß einer bestimmten Geistesrichtung, ja Ausdruck einer Weltanschauung sein. In der gesetzlichen Ordnung, die diesen Gebieten zuteil wird, muß sich die Stellung des Gesetzgebers zum Einzelnen und zur Familie, zu den Banden des Bluts und der Bindung des Einzelnen an die Volksgesamtheit klar zeigen. Da es sich bei diesen Fragen um Grundfragen nationalsozialistischer Weltanschauung handelt, wird und muß die gesetzliche Regelung auch vom nationalsozialistischen Geist erfüllt sein.

Im nationalsozialistischen Staat kommt der Familie eine überragende Bedeutung zu. Hat doch gerade der Reichsrechtsführer, Reichsminister Dr. Frank, betont[1]), daß es kein Gebiet staatspolitischen Wollens gibt, das nicht im Bereich der Familie verwurzelt ist und daß darum dem Staat am leichtesten die Erreichung seiner Ziele gelingen wird, der in seiner Gesetzgebung der Familie den Lebensraum sichert, der ihr innerhalb eines gesunden Staatsgefüges gebührt. Gilt der nationalsozialistischen Weltanschauung die Ehe als Urzelle völkischen Lebens, ist sie der wichtigste Urquell der Nation, so ergibt sich daraus auch der überragende Rang und Wert der Familie im Rahmen der Volksgemeinschaft. Nimmt man hiezu die eindeutige Anerkennung des Privateigentums durch den nationalsozialistischen Staat[2]), aber eines verantwortlich gebundenen Privateigentums, unterworfen dem Pflichtgedanken und dem obersten Grundsatz „Gemeinnutz

1) Frank, Geleitwort zu Mößmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts.

2) Siehe auch Punkt 17 des Parteiprogramms und die authentische Interpretation des Führers vom 14. 4. 1928.

geht vor Eigennutz", dann ergibt sich hieraus zweierlei: Einmal die grundsätzliche Anerkennung der Privaterbfolge, sodann der unbedingte Vorrang der Familienerbfolge vor der gewillkürten Erbfolge und endlich aber auch die Ablehnung einer unbegrenzten Verwandtenerbfolge. Die Anerkennung des Privateigentums und die überragende völkische Funktion der Familie führen zwangsläufig zur Bejahung der Privat- und Familienerbfolge. Die soziale Pflichtgebundenheit des Eigentums wirkt sich zuerst in der Bindung des Vermögens an die Familie als Urquelle völkischen Lebens aus und führt unabweisbar zu einer entschiedenen Vorrangstellung der Familienerbfolge und einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis, ja der Willkür des Erblassers zugunsten der Familie. Eine unbegrenzte Verwandtenerbfolge aber bis zu den entferntesten Gliedern, die der Familie und der Sippe völlig entfremdet sind, widerspricht nationalsozialistischer Rechtsauffassung. Vor der Gesamtheit des Volkes gebührt wohl in der Erbfolge der Familie der klare Vorrang, vor entfernteren Verwandten ohne nähere Bindungen an den Erblasser gehört aber der Vorrang der Volksgemeinschaft.

Schon hieraus ergibt sich, daß es sich nicht darum handeln kann, lediglich etwaige Mängel des geltenden Rechts zu flicken, daß vielmehr die gegensätzliche Stellungnahme zu den Grundproblemen eine völlige Umgestaltung des Erbrechts notwendig macht. Die unbegrenzte Privaterbfolge des geltenden Rechts ist nicht mit der nationalsozialistischen Auffassung von der Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft zu vereinbaren. Wie die Begrenzung der Verwandtenerbfolge und die etwaige Regelung eines staatlichen Erbrechts auszugestalten sind, das zu erörtern ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die durch das Problem unbeschränkte oder begrenzte Verwandtenerbfolge nicht unmittelbar berührt wird [3]).

Wesentlich bedeutsamer für die hier behandelten Fragen ist die künftige Stellungnahme des Gesetzgebers zu dem Problem Familienerbrecht oder Testierfreiheit, da ja naturgemäß die Einstellung zur Testierfreiheit weithin von entscheidender Bedeu-

3) Es sei in dieser Frage auf Staudinger-Böhmer, Einleitung §§ 5—9 und § 12 verwiesen.

tung für die dem Erblasser zu gewährenden Bindungsmöglichkeiten ist[4]).

Die geltende Regelung der unbeschränkten Testierfreiheit, die dem Willen des Erblassers allein die entscheidende Bedeutung beilegt und so die Willensherrschaft geradezu zur Willkürherrschaft steigert, hat damit den unbedingten Vorrang der gewillkürten Erbfolge vor der gesetzlichen Erbfolge gewährleistet. Diese schrankenlose Testierfreiheit ist mit nationalsozialistischem Rechtsdenken nicht zu vereinbaren, vielmehr gilt es, dem Verwandtenerbrecht den Vorrang vor der gewillkürten Erbfolge zu schaffen. Die Erkenntnis, daß eine schrankenlose Testierfreiheit dem heutigen Rechtsdenken zuwiderläuft, kann aber nun keineswegs zum Ruf nach Beseitigung der Testierfreiheit überhaupt führen[5]). Auf eine gewisse Testierfreiheit kann niemals verzichtet werden. Keine Gesetzesnorm, mag sie noch so beweglich und elastisch ausgestaltet werden, ist in der Lage, den Vielgestaltigkeiten des Lebens, wie sie gerade auch in den Fragen des Erbrechts auftreten, gerecht zu werden. Es muß dem Erblasser die Möglichkeit bleiben, an Stelle einer notwendig mehr oder minder starren gesetzlichen Erbfolgeordnung die Erbfolge im Einzelfalle der besonderen Lage anzupassen und bei der Zuteilung, wie bei der etwaigen Bindung des Nachlasses auf charakterliche und geistige Eigenschaften der berufenen Erben abzustellen. Zutreffend weist Böhmer[6]) darauf hin, daß gerade diesem Zweck die frühere Testierfreiheit weithin diente, daß nämlich, solange Sittengefühl und Familiengebundenheit noch voll wirksam waren, gerade die Testierfreiheit es war, die die Möglichkeit gewährte, die Nachlaßverteilung den Bedürfnissen und Besonderheiten des Einzelfalles anzupassen, insbesondere aber die Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden und womöglich das Familiengut geschlossen in einer Hand zu erhalten. So gesehen, kann eine vernünftig gehandhabte Testierfreiheit sich nur zum Guten auswirken und die Mängel und Härten, die eine gesetzliche Regelung notwendig im Einzelfall mit sich bringen kann, ausgleichen. Die Beseitigung oder auch nur zu

4) Eingehendere Behandlung des Problems der Testierfreiheit findet sich bei Böhmer, Arch.ziv.Prax. S. 32 ff.; ferner Staudinger-Böhmer, Einleitung §§ 14—19; siehe auch Lange, Denkschrift des Erbrechtsausschusses.

5) Siehe auch Lange, Denkschrift S. 6.

6) Staudinger-Böhmer a. a. O. § 3, I, 2; § 14, II, 1 und § 16, I, 4.

starke Einschränkung der Testierfreiheit würde ähnliche, wenn nicht die gleichen Gefahren hervorrufen, wie die Beseitigung der Familienerbfolge; sie würde nicht nur jegliche Freude am Schaffen und am Sparen nehmen, sie würde vielmehr auch unvereinbar sein mit einer richtigen Auffassung vom Wesen der Familie und der Sippe. Wie in der Frage der Verwandtenerbfolge, so handelt es sich auch in der Frage der Testierfreiheit für eine kommende Rechtsgestaltung im wesentlichen darum, die Auswüchse zu beseitigen, die sich aus unbeschränkter Verwandtenerbfolge und schrankenloser Testierfreiheit ergeben. Werden diese Auswüchse beseitigt, so ergibt sich, daß eine entsprechend beschränkte Verwandtenerbfolge, ebenso wie eine beschränkte Testierfreiheit sich mit der nationalsozialistischen Auffassung nicht nur vereinbaren lassen, sondern sich als notwendige Forderung aus ihr ergeben. Je mehr der Einzelne die Grundwerte des Blutes, der Gemeinschaft und zwar der Familiengemeinschaft und der Volksgemeinschaft in ihrer grundlegenden Bedeutung erkennt, je mehr er als Vermögensträger sich pflichtunterworfen und gemeinschaftsgebunden fühlt, desto geringer ist die Gefahr der Willkür, desto segensreicher kann sich eine richtig verstandene Testierbefugnis auswirken. Dann wird im wesentlichen die Testierfreiheit den drei Aufgaben dienen, die Böhmer [7]) hervorhebt, der Ergänzung, der Abwandlung und schließlich der Ersetzung der gesetzlichen Erbfolge, jeweils mit dem Ziel, den Belangen der Gemeinschaft zu dienen. Ihr fällt dann die Aufgabe zu, im Interesse der Familie vorsorgliche und sichernde Maßnahmen zur bestmöglichen Erhaltung des Familienguts zu treffen, notfalls die Zersplitterung zu vermeiden und das Familiengut in einer Hand geschlossen zu erhalten, den Vielgestaltigkeiten des Lebens durch gerechte Anpassung an die gegebenen Verhältnisse und Personen bestmöglich Rechnung zu tragen, schließlich aber auch die nicht zu unterschätzende Aufgabe, soziale und kulturelle Einrichtungen zu schaffen und zu fördern.

Zuzustimmen ist daher der grundsätzlichen Forderung des Erbrechtsausschusses, daß die letztwillige Verfügung dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken, in dem die Willkür des Erblassers ihre Grenze findet, nicht entgegentreten darf, daß sie aber die

7) Arch.ziv.Prax. S. 36 f.

Aufgabe hat, den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken für den Einzelfall durchzuführen und auszubauen [8]).

Wie diesen Grundsätzen zur Geltung zu verhelfen ist, das zu behandeln, ist nicht Aufgabe der vorliegenden Abhandlung. Zuzustimmen ist wohl der Auffassung des Erbrechtsausschusses, daß die Einschränkung, Ueberwachung und Leitung der Testierbefugnis durch Einführung einer behördlichen Genehmigung letztwilliger Verfügungen nicht zweckmäßig erscheint [9]). Abgesehen von der Ausgestaltung eines materiellen Noterbrechts [10]) wird insbesondere eine gesetzliche Vorschrift, welche pflichtwidrige Testamente für nichtig erklärt, die nötige Sicherung gewährleisten können [11]).

Ist so davon auszugehen, daß eine pflichtbewußte Testierbefugnis auch im kommenden Recht Platz und Aufgabe hat, so ist nunmehr auf dieser Grundlage weiter zu erörtern, ob und inwieweit dem Erblasser im Rahmen dieser Testierbefugnis die Möglichkeit der Bindung des Nachlasses über den Tod hinaus gewährleistet werden kann. Dabei ist von vornherein zu sagen, daß die der Testierfreiheit zu ziehenden Schranken naturgemäß auch für die Möglichkeit der Nachlaßbindung Geltung haben. Eine Bindung des Nachlasses wird darum insoweit unzulässig sein, als sie in Widerspruch tritt zum Noterbrecht der Familie und zum Erbrecht des Staates, und sie wird insoweit nichtig sein, als sie gegen den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken verstößt. Soweit aber die Testierbefugnis geht, soweit hier der Wille des Erblassers vom Gesetz beachtet wird, soweit er besonders die gemeinschaftsfördernden Funktionen der Testierbefugnis in Ergänzung, Abwandlung und letztlich auch Ersetzung einer nicht hinreichend elastischen gesetzlichen Erbfolge erfüllt, insoweit wird auch Raum für die Bindung des Nachlasses sein. Ja gerade hier

8) Lange. Denkschrift S. 6; siehe auch Lange, Juristentag 1936, S. 109 ff., insbes. S. 115.

9) Siehe Lange, Denkschrift S. 7 f.

10) Siehe dazu Böhmer Arch.ziv.Prax. S. 32 ff., insbes. S. 59 ff.; Staudinger-Böhmer, Einleitung § 19, II und III; vgl. auch Lange, Deutsches Recht 1936, S. 398.

11) Siehe Lange, Denkschrift S. 115 ff., wo etwa folgende Vorschrift vorgeschlagen wird: Eine Verfügung von Todeswegen ist nichtig, soweit sie gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstößt oder gröblich den Pflichten eines ehrbaren Erblassers widerstreitet.

wird sich eine richtig gehandhabte und richtig verstandene Testierbefugnis zweckmäßig auswirken können. Die Mittel, die das geltende Recht zur Bindung des Nachlasses zur Verfügung stellt, sind geeignet, den Vermögensübergang auf den Todesfall den Vielgestaltigkeiten des Lebens anzupassen, der Ergänzung und teilweisen Abwandlung des gesetzlichen Erbrechts in gemeinschaftsfördernder Weise zu dienen. Hier hat der verantwortungs- und pflichtbewußte Erblasser die Möglichkeit, im Interesse der Familie vorausschauend Sorge zu tragen, Vermögen und einzelne Vermögensstücke, die der Erhaltung wert sind, der Familie oder der Gesamtheit zu erhalten und so unwirtschaftliche und familienwidrige Zersplitterungen von Vermögenswerten zu verhindern, die gerade durch ihre Gebundenheit erst zur vollen Kraftentfaltung kommen und sich wertvoll auswirken. Darum ist im Rahmen der zuzulassenden beschränkten Testierbefugnis auch die Zulässigkeit der Bindung des Nachlasses zu bejahen und hierfür werden die erforderlichen Rechtsinstitute zur Verfügung zu stellen sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Einfachheit sind eine beschränkte Anzahl solcher Institute zur Verfügung zu stellen und deren Rechtsschranken und Rechtsfolgen klar festzulegen. Innerhalb der gesetzlich gegebenen Rechtsformen ist dem Erblasser ein gewisser Spielraum zu belassen. Ebenso werden rechtspolitische (Gläubigerschutz) wie volkswirtschaftliche Gründe dazu zwingen, entsprechend der geltenden Regelung eine Bindung auf unabsehbare Zeit für den Regelfall abzulehnen und zeitliche Schranken der Bindung zu errichten. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Bindung des Nachlasses dem Familiengedanken dienen und ihn fördern kann.

Bei der Erörterung des Umfangs und der Dauer solcher Bindungen richtet sich der Blick zunächst auf das Erbhofrecht. Dort ist für den Erbhof selbst die dauernde Bindung gesetzlich vorgesehen, um den Hof als Einheit der Sippe zu erhalten. Der Bauer hat, abgesehen von gewissen Rechten, hinsichtlich der Bestimmung des Anerben neuerdings durch § 10 Erbhofrechtsverordnung noch die Befugnis erhalten, in einer Hofsatzung für alle Zukunft die Anerbenfolge im Mannesstamm mit behördlicher Genehmigung festzulegen. Die im Erbhofrecht getroffene Regelung kann jedoch nicht ohne weiteres auf das allgemeine Erbrecht übertragen

werden. Die dort festgelegte Dauerbindung rechtfertigt sich aus der überragenden Bedeutung des Grund und Bodens und aus der volksnotwendigen Erhaltung und Stärkung des deutschen Bauerntums. Das allgemeine Erbrecht muß aber in Zukunft grundsätzlich am Gleichheitsgedanken festhalten und kann auch im Interesse des Volksganzen derartig weitgehende Bindungen nicht zulassen, will es nicht eine Verewigung überlebten Besitzes herbeiführen. Auch das kommende Erbrecht wird grundsätzlich davon ausgehen müssen, daß der Erbe den Nachlaß frei von Bindungen erhält und daß er, wenn auch als pflichtgebundener Eigentümer und damit als Treuhänder der Gemeinschaft, doch unbeschränkter Herr des ihm überkommenen Vermögens wird. Dem Willen des Erblassers kann in der Frage der Bindung des Nachlasses nicht mehr die ausschlaggebende Bedeutung zukommen, eine Bindung kann nur anerkannt werden, wenn sie aus billigenswertem Anlaß von der gesetzlichen Erbfolge abweicht, bzw. die gesetzlichen Rechte des Erben beschränkt.

Wie erwähnt, ist davon auszugehen, daß Bindungen des Nachlasses, wie sie das geltende Recht ermöglicht, wenn sie pflichtbewußt sind, wegen ihrer familien- und gemeinschaftsfördernden Wirkung billigenswert sind. Wenn auch im kommenden Recht die Möglichkeit der Bindung des Nachlasses beibehalten werden soll, so ist doch die Frage der Dauer solcher Bindungen von grundsätzlicher Bedeutung. Die Regelung im geltenden Recht fußte auf der Anerkennung des Willens des Erblassers und zeigt darum das Bestreben, diesem Willen weitgehendst Rechnung zu tragen. Zeitliche Schranken wurden nur insoweit errichtet, als das aus volkswirtschaftlichen Gründen geboten erschien. Diese volkswirtschaftlichen Gründe gelten auch in Zukunft. Darüber hinaus kommt aber für die kommende Gestaltung besonders in Betracht, daß dem Willen des Erblassers nicht mehr die überragende Bedeutung beigemessen werden kann, dieser Wille nur noch so weit Beachtung verdient, als er wegen der notwendig generalisierenden Wirkung des gesetzlichen Erbrechts im Einzelfall pflicht- und gemeinschaftsbewußt den besonderen, auch von der Gemeinschaft anzuerkennenden Interessen der einzelnen Familie Rechnung trägt. Geht man hievon aus, dann ergibt sich, daß der Erblasser wohl für eine gewisse Zeit nach seinem Tode die Verhältnisse zu über-

blicken vermag und darum in der Lage ist, im Interesse der Familie und des Ganzen eine von der Gemeinschaft anzuerkennende Regelung zu treffen, daß er aber weithin die Verhältnisse nicht auf lange Dauer übersehen kann und daß so Bindungen, die zunächst billigenswert erscheinen, für die spätere Zeit in ihr Gegenteil umschlagen und sich gemeinschaftswidrig auswirken können. Es erscheint gerade wegen der Pflichten, die dem Einzelnen gegenüber seiner Familie und gegenüber der Gemeinschaft auferlegt sind, unerwünscht, daß ein Erbe wegen der ihm durch den Erblasser auferlegten Bindungen nicht in der Lage sein soll, über das ihm überkommene Vermögen, besonders wenn es Familienvermögen ist, seinerseits so zu verfügen, wie es seine Pflicht gegenüber Familie und Volk erfordert, daß er also seinerseits nicht in der Lage ist, auf sein Ableben der gerechtfertigten gesetzlichen Erbfolge zum Durchbruch zu verhelfen oder die nunmehr erstrebenswerte Verteilung seiner Habe pflichtbewußt vorzunehmen. Von diesen Gedankengängen ausgehend, erscheint im Regelfall die Zulassung einer Bindung auf 30 Jahre oder darüber hinaus auf die Dauer eines Menschenlebens, besonders aber die Bindung über den ersten Nachfolger hinaus nicht gerechtfertigt. Damit erhebt sich auch hier wieder die Frage, ob die notwendige Beschränkung durch Einführung einer absoluten Zeitgrenze oder auf anderem Wege erreicht werden soll. Meines Erachtens ist der letztere Weg vorzuziehen. Jede Zeitgrenze wird notwendigerweise dann unzulänglich sein, wenn sie nicht weit gesteckt ist. Eine weitgesteckte Grenze ist indessen aus den bereits angestellten Erwägungen abzulehnen. Mir erscheint es zweckmäßig, eine Bindung des Nachlasses nur für die erste Nachfolge zuzulassen. In der zweiten Hand muß der Nachlaß freigestellt sein. Damit wird dem Rechnung getragen, daß der Erblasser in aller Regel in der Lage sein wird, die augenblicklichen Verhältnisse zu überschauen und für seinen unmittelbaren Nachfolger zu regeln. Darüber hinaus kann er nicht beurteilen, wie sich seine Verfügung auswirken wird. Damit wird auch der Forderung zum Durchbruch verholfen, daß das Erbgut nicht nach oben, sondern nach unten abfließen, der jüngeren Generation zum vollen Haben, der älteren zum bloßen Nutzen zugewendet werden soll [12]).

12) Vgl. Lange Juristentag S. 116.

Hievon ausgehend, sollen in der Folge nur noch kurz die einzelnen Institute des geltenden Rechts auf ihre Brauchbarkeit für das kommende Recht geprüft werden, ohne daß auf Einzelheiten eingegangen wird.

Die Nacherbfolge hat sich in der Praxis gut eingeführt[13]). Ihre Beibehaltung in der bisherigen Form ist zu empfehlen. Im Interesse der Familienbindung scheint es auch im kommenden Recht erforderlich, ein Institut zu schaffen, das dem Erstbedachten Erbenstellung verschafft, die Einsetzung eines späteren Erben andererseits dergestalt ermöglicht, daß dieser ein eigenes, selbständiges und unmittelbares Erbrecht hat. Gerade hier ist es aus den angeführten Gründen zweckmäßig, nur eine einmalige Nacherbfolge zuzulassen, den Nachlaß in der zweiten Hand dagegen völlig freizustellen. So kann die Nacherbfolge besonders den berechtigten Interessen des überlebenden Ehegatten dienen. Auf der andern Seite wird eine Bindung der Enkel, deren Geschicke der Erblasser in aller Regel nicht mehr zu übersehen vermag, vermieden.

Beim Vermächtnis und damit auch beim Nachvermächtnis erhebt sich dagegen zunächst die Frage, ob es wie im geltenden Recht mit nur obligatorischer Wirkung ausgestaltet werden soll oder ob ein dingliches Vermächtnis zu schaffen, das alte Vindikationslegat also in gewissem Umfang wiederherzustellen ist. Die systematischen konstruktiven Bedenken, die bei der Schaffung des BGB gegen das Vindikationslegat erhoben wurden[14]), können mit Böhmer[15]) heute nicht mehr für durchschlagend erachtet werden. Mit Recht wird auf das Vorbild des Erbhofrechts hingewiesen, wo in § 26 REG und § 11 EHRV das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Vaters, der Mutter oder des Ehegatten am Hof als dingliches Vermächtnis ausgestaltet ist. Auf die Gründe für und gegen das dingliche Vermächtnis soll hier nicht eingegangen werden[16]). Nicht leugnen läßt sich, daß

13) Siehe Flad, Vorerbe und Nacherbe in Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1936, S. 419.

14) Siehe Mot. V, 134, dageg. Prot. V, 206, 208.

15) Staudinger-Böhmer a. a. O. § 1922, Bem. 240 a. E.; mindestens zweifelnd Flad, Vindikationsvermächtnis, Zeitschr. d. Akad. S. 738 ff. (740).

16) Es sei auf Staudinger-Böhmer § 1922, Anm. 241 und 242, sowie auf Flad a. a. O. S. 738 verwiesen.

jede Ansicht vieles für sich hat. In Abweichung von Flad[17]) ist der von Böhmer[18]) vorgeschlagenen Kompromißlösung der Vorzug zu geben. Bei aller Wahrung der Rechte der Nachlaßgläubiger versucht sie dem Vermächtnisnehmer mehr als einen nur schuldrechtlichen Anspruch zu geben. Im übrigen wird das Vermächtnis und ebenso auch das Nachvermächtnis mit der Beschränkung auf den ersten Anfall im kommenden Recht verwendbar sein und einem Bedürfnis entsprechen.

Ueber Auflage und Teilungsverbot ist nichts besonderes zu sagen. Beiden Instituten stehen Bedenken nicht entgegen. Auch im kommenden Recht können sie die ihnen heute zugewiesene Aufgabe erfüllen. Für die Auflage besteht ein Bedürfnis in all den Fällen, in denen ein Bedachter (Berechtigter) nicht vorhanden ist und nicht vorhanden sein kann, in denen dem Beschwerten eine Leistung irgendwelcher Art, mag sie in einem Tun oder Unterlassen bestehen, insbesondere — im Gegensatz zum Vermächtnis — eine Leistung nicht vermögensrechtlichen Inhalts auferlegt werden soll. Gegenüber dem geltenden Recht mag eine Erweiterung dahin getroffen werden, daß Auflagen unverständigen Inhalts[19]) für nichtig erklärt werden können. Im übrigen kann man die heutige Regelung übernehmen. Ich halte es nicht für erforderlich, ihre Erfüllung gesetzlich weitergehend zu sichern, als bisher. Die Dauer der Bindung muß indessen auch hier dahin begrenzt werden, daß die Auflage wirksam nur dem Erstbedachten und damit Erstbeschwerten auferlegt werden kann. Will der Erblasser in besonderen Fällen eine billigenswerte längere Bindung, ja sogar eine Dauerbindung erreichen, dann mag er sich dazu des Instituts der Stiftung bedienen. Auch das Teilungsverbot als besondere Art der Auflage ist der Beibehaltung wert. Dient es doch der Familiengemeinschaft und wirkt so gemeinschaftsfördernd. Dingliche Wirkung ist ihm nicht zu verleihen. Die entgegen dem Verbot vorgenommene Auseinandersetzung aus wichtigem Grund könnte meines Erachtens auch bei übereinstimmendem Willen sämtlicher Beteiligter von der Zustimmung des Nachlaßgerichts abhängig gemacht werden. Seine Wirksamkeit ist auf die erste Nachfolge zu beschränken.

17) A. a. O. S. 738.
18) Staudinger-Böhmer § 1922, Bem. 243.
19) Vgl. Prot. V, 243.

Ebenfalls wird die Testamentsvollstreckung im kommenden Recht ihren Platz finden können und müssen. Bedenken stehen ihr meines Erachtens, auch soweit sie rein verwaltende Testamentsvollstreckung ist, nicht entgegen. Ihre Schranken findet sie in den der Testierfreiheit zu ziehenden Grenzen. Im Rahmen dieser Schranken dient sie der Erhaltung und ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses. Sie gibt einem pflichtbewußten Erblasser die Möglichkeit, vorausschauend Sorge zu tragen, für die Weiterführung und Weiterentwicklung seines Lebenswerks. Bei richtiger Auswahl des Vollstreckers ist sie besonders geeignet, die Einheit des Erbguts zu wahren und so familien- und gemeinschaftsfördernd zu wirken. Ihre Ausgestaltung ist im wesentlichen beizubehalten, unbeschadet der Klärung gewisser Streitfragen. Was die zeitliche Bindung anbelangt, so ist es auch hier durchaus möglich, die Dauer der Testamentsvollstreckung auf die erste Nachfolge zu beschränken, unbeschadet der Möglichkeit einer Testamentsvollstreckung zum Schutze der Rechte des Nacherben, wie sie § 2222 BGB vorsieht. Bei der Testamentsvollstreckung könnte ich mir allerdings noch am ehesten die Beibehaltung der heute geltenden zeitlichen Schranke denken, wenn im Rahmen einer Stärkung der treuhänderischen Stellung des Testamentsvollstreckers dieser von der Bindung an den Willen des Erblassers weithin gelöst und ihm die Befugnis eingeräumt wird, abweichend von der durch den Erblasser getroffenen Bestimmung — gegebenenfalls mit Zustimmung des Nachlaßgerichts — seine Tätigkeit zu beendigen bzw. seine Aufgaben den später sich ergebenden Verhältnissen anzupassen, wenn sich zeigt, daß die Durchführung der Verfügungen des Erblassers sich unbillig und gemeinschaftswidrig auswirken würde.

Wird so für den Regelfall den berechtigten Wünschen des Erblassers und der Stärkung des Familiengedankens hinreichend Rechnung getragen, so erhebt sich doch die Frage, ob nicht ebenso wie für den bäuerlichen Grundbesitz eine Sonderregelung mit der Möglichkeit von Dauerbindungen erforderlich erscheint, in den Fällen, in denen früher die Errichtung eines Familienfideikommisses der geeignete Weg war oder in denen die Mängel der Familienstiftung und der Familiengesellschaften zutage traten.

Gewiß stehen der übermäßig gebundenen Zusammenballung größeren Grundbesitzes gewichtige Bedenken entgegen. Indessen sind die Beweggründe, die nach dem Weltkriege zur Aufhebung der Familienfideikommisse geführt haben, heute nicht mehr maßgebend, darum darf sich wohl die Frage erheben, ob nicht in den Sonderfällen, in denen die Erhaltung großen Grundbesitzes für die Familie, nicht nur dem Familiengedanken, sondern darüber hinaus auch der Gemeinschaft dient, eine Dauerbindung ermöglicht werden soll, zumal ja gerade beim Grundbesitz, also bei der Verteilung des Grund und Bodens jede zeitliche Schranke immer kurz erscheinen wird und nicht geeignet ist, den Zwecken der Bindung zu dienen. Ganz besonders aber erhebt sich die Frage, für Kapitalvermögen, die erst und gerade in ihrer zweckgebundenen Zusammenfassung ihre vollen Wirkungen auch für die Gesamtheit erreichen. Gerade im dritten Reich, in dem auch für die Wirtschaft der Führergrundsatz und damit der Gedanke der pflicht- und verantwortungsbewußten Betriebsführung zum Wohle der Gesamtheit sich durchsetzen muß, wird die Erhaltung der Einheit eines Unternehmens von besonderer Bedeutung sein. Auch sie kann aber nur durch die Möglichkeit von Dauerbindungen gewährleistet werden. Schließlich ergibt sich auch für andere Vermögenswerte, wie etwa Sammlungen, Bibliotheken usw. das Bedürfnis, sie sowohl im Interesse der Stärkung des Familien-Vgedankens, wie für die Allgemeinheit als selbständigen Vermögensträger auf die Dauer zu erhalten.

Für solche Fälle gilt es ein Institut zu schaffen, das die Nachteile der geltenden Regelung und die Nachteile, die sich aus der Gebundenheit großer Vermögensmassen ergeben können, vermeidet, andererseits aber die dauernde Erhaltung wertvoller und werteschaffender Güter ermöglicht. Dabei wird wohl an eine Neubelebung des einmal seinem Ende entgegengehenden Instituts des Familienfideikommisses nicht gedacht werden können, vielmehr wird weithin die selbständige Familienstiftung diese Zwecke erfüllen können, wenn sie ausgebaut und von den ihr anhaftenden Mängeln befreit wird. Daneben wird für die wirtschaftlichen Unternehmen durch weitgehende Erleichterung dauernder Bindungsmöglichkeiten bei Familiengesellschaften dasselbe Ziel erreicht werden können.

Im einzelnen Vorschläge für die künftige Ausgestaltung all der erörterten Institute zu machen oder die geltenden Bestimmungen einzeln auf ihre künftige Brauchbarkeit zu untersuchen, ist heute nicht am Platz, so lange noch die Grundprobleme der Klärung und der Lösung harren. Es sollte lediglich gezeigt werden, daß insoweit als das kommende Recht die Testierfreiheit überhaupt zulassen wird, auch den Instituten, die eine Bindung des Nachlasses ermöglichen, keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen, daß dem Willen des Erblassers Beachtung geschenkt werden kann, wenn er diesen Willen einordnet in die Belange der Gemeinschaft und sich seiner Gemeinschaftsbindungen bewußt ist. So wird die kommende gesetzliche Regelung der eine Nachlaßbindung ermöglichenden Rechtsinstitute klar von dem einen Gedanken und Grundsatz beherrscht sein: Es ist nicht Aufgabe und Zweck des Gesetzes, dem Willen, ja der Willkür und den Launen bindungsloser Erblasser lediglich der Beachtung dieses Individualwillens wegen zum Erfolg zu verhelfen, vielmehr ist es Aufgabe des Gesetzes, in Anerkennung des Erbrechts als Bandes zwischen den Geschlechtern den gemeinschaftswidrigen Einzelwillen zu unterbinden, den Willen dessen aber, der seine Lebensarbeit in den Dienst der Familie, der Geschlechter und der Gemeinschaft stellt, da zu achten und zu fördern, wo er sich als dem Gesetzes- und Rechtsdenken entsprechende pflicht- und verantwortungsbewußte Ergänzung der gesetzlichen Regelung darstellt.

Versicherung.

Diese Abhandlung wurde von mir selbständig verfaßt. Ich habe die Arbeit keiner anderen Fakultät als Dissertation vorgelegt. Sie hat auch bei keiner Staatsprüfung als Prüfungsarbeit gedient.

Eberhard Thurner.

Lebenslauf.

Ich wurde am 23. Mai 1913 in Stuttgart als Sohn des Notars Michael Thurner und seiner Ehefrau Hedwig geb. Huber geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Ich besuchte das Dillmann-Realgymnasium in Stuttgart, welches ich im Frühjahr 1932 nach bestandener Reifeprüfung verließ, um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zuzuwenden. Vom Sommersemester 1932 bis Wintersemester 1933/34 studierte ich an der Universität Tübingen, im Sommersemester 1934 an der Universität Hamburg, im Wintersemester 1934/35 an der Universität Berlin, kehrte im Sommersemester 1935 wieder nach Tübingen zurück und schloß im Sommer 1936 meine Studien mit Ablegung des ersten juristischen Staatsexamens ab. Seit Ende 1936 bin ich im weiteren Vorbereitungsdienst, zunächst an dem Amtsgericht Eßlingen und seit Juli 1937 am Landgericht Stuttgart.

Eberhard Thurner.